

*Die Auflösung
der offenen Handelsgesellschaft
des deutschen und
der société en nom collectif
des französischen Rechts
Ein Vergleich*

*Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität zu Freiburg im Breisgau*

*vorgelegt von
Referendar Winfried May
aus Säckingen*

1966

*Die Auflösung
der offenen Handelsgesellschaft
des deutschen und
der société en nom collectif
des französischen Rechts*

Ein Vergleich

*Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts-und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität zu Freiburg im Breisgau*

*vorgelegt von
Referendar Winfried May
aus Säckingen
1966*

Referent: Prof.Dr.Thieme

Korreferent: Prof.Dr.von Caemmerer

Dekan: Prof.Dr.Ehmke

Tag der mündlichen Prüfung: 26.Juli 1966

Vermerk: Die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg im Breisgau nimmt durch die Druckgenehmigung zu den in der Arbeit vertretenen Auffassungen keine Stellung.



Inhaltsverzeichnis

	Seite
Einleitung	1
Erster Abschnitt:	
Die Problematik der Auflösung und grundsätzliche Unterschiede zwischen der offenen Handelsgesellschaft und der société en nom collectif	5
I. Die Problematik der Auflösung	5
II. Grundsätzliche Unterschiede zwischen der offenen Handelsgesellschaft und der société en nom collectif	8
Zweiter Abschnitt:	
Die Auflösung und die Auflösungsgründe im allgemeinen	16
I. Der Begriff der Auflösung	16
II. Die Auflösungsgründe im allgemeinen	20
Dritter Abschnitt	
Die unmittelbar wirkenden Auflösungsgründe	22
I. Die Auflösung durch Zeitablauf	22
II. Die Auflösung durch Beschluss der Gesellschafter	25
III. Die Auflösung beim Konkurs eines Gesellschafters	28
IV. Die Auflösung beim Konkurs der Gesellschaft	34
V. Die Auflösung durch den Tod eines Gesellschafters	38
1. Die grundsätzliche Regelung	38
2. Die Fortführung der Gesellschaft mit den Erben des verstorbenen Gesellschafters	40
3. Die Fortführung der Gesellschaft unter den überlebenden Gesellschaftern	48

II

	Seite
4. Die Fortsetzungsvereinbarung	49
5. Mit dem Tode eines Gesellschafters vergleichbare Tatbestände	53
a. Auflösung und Verschmelzung einer beteiligten juristischen Person	53
b. Der Wegfall eines Geschäftsführers	55
VI. Die Auflösung durch Kündigung eines Ge- sellschafters	57
1. Die allgemeine Regelung	57
2. Die vertragliche Beschränkung des Kündigungsrechtes	59
3. Die Beschränkung des Kündigungsrechtes durch Gesetzgeber, Rechtsprechung und Wissenschaft	67
VII. Die Auflösung durch Kündigung eines Gläu- bigers	71
1. Das deutsche Recht	71
2. Das französische Recht	76
VIII. Die Auflösung durch Erreichung des Gesell- schaftszwecks	79
IX. Die Auflösung bei Wegfall der Geschäftsfähig- keit eines Gesellschafters	83
X. Andere unmittelbar wirkende Auflösungsgründe	86

Vierter Abschnitt:

Die Auflösung durch gerichtliche Entscheidung	89
I. Grundlagen und Anwendungsgebiet	89
II. Die Stellung der Auflösungsklage im Rechtssystem	91
III. Der Begriff des "wichtigen Grundes" und des "juste motif"	93
IV. Das richterliche Ermessen	95
V. Die wichtigen Gründe im einzelnen - Die Rechtsprechung	99
VI. Die Beschränkung des Klagerechtes	111
VII. Sachlegitimation und Prozessführungs- befugnis	118

Fünfter Abschnitt

Die Folgen der Auflösung, die Verhinderung der Auflösung durch Ausschluss eines Gesellschafters und die Rückgängigmachung der Auflösung 122

I. Die Folgen der Auflösung 122

II. Die Verhinderung der Auflösung durch Ausschluss eines Gesellschafters 125

III. Die Rückgängigmachung der Auflösung 128

Zusammenfassung 132

S c h r i f t t u m s v e r z e i c h n i s

1. Deutsches Schrifttum

- | | |
|--------------------------------|---|
| Baumbach-Duden | Handelsgesetzbuch 16. Aufl 1964 |
| Barz | Vertraglicher Kündigungsausschluss bei Personalgesellschaften , JW 1938, 490 |
| Bellwinkel | Die Auflösung der offenen Handelsgesellschaft durch gerichtliche Entscheidung , Diss. Leipzig 1928 |
| Behrend | Lehrbuch des Handelsrechts 1886 |
| Boesebeck | Die kapitalistisch organisierte Kommanditgesellschaft .Frankfurter rechtswissenschaftliche Abhandlungen 1938 Heft 6 (zit.: Die kap.KG) |
| - | Betrachtungen zur Umwandlung von Kapitalgesellschaften. Frankfurter rechtswissenschaftliche Abhandlungen 1937 Heft 2 (zit.: Betrachtungen) |
| Brand | Das Handelsgesetzbuch 1911 |
| Breit | Gerichtliche Auflösung der offenen Handelsgesellschaft und gerichtliche Ausschlussung von Gesellschaftern aus der offenen Handelsgesellschaft, JR 1926, 770 |
| Düringer-Hachenburg-Geiler | Das Handelsgesetzbuch II. Band. 1. Hälfte 3. Aufl. 1932 (zit.: Düringer-Hachenburg) |
| Düringer-Hachenburg-Flechtheim | Das Handelsgesetzbuch II. Band. 2. Hälfte 3. Aufl. 1932 (zit.: Düringer-Hachenburg) |
| Entwurf | eines Handelsgesetzbuches nebst Denkschrift 1897 (zit.: Denkschrift) |
| Gessler | Die Lebensdauer der Personalgesellschaft Soc. Prax. 1938 Sp. 1174 |
| Gessler-Hefermehl | Handelsgesetzbuch Band. 1, 2. Aufl. 1950 |
| Gierke, Julius von | Handelsrecht und Schiffahrtsrecht 8. Aufl. 1958 |
| Gierke, Otto von | Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung 1887 (zit.: Genossenschaftstheorie) |

- Godin, von Einzelfragen aus dem Recht der offenen Handelsgesellschaft, JR 1948, 61
- Goldmann Das Handelsgesetzbuch, 2. Band, 2. Aufl. 1905
- Grieger Zur Frage des Bestandsschutzes der handelsrechtlichen Personengesellschaft AcP (nF) 25, 327
- Hähn, von Das Handelsrecht nach dem Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch, 1894
- Hueck Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, 3. Aufl. 1964, (zit.: Hueck, oHG)
- Gesellschafterbeschlüsse bei offenen Handelsgesellschaften, in Festschrift für Heymann, S. 715
- Die Übertragung von Geschäftsanteilen, ZHR 83, 1 ff.
- Katz Die Erhaltung der kaufmännisch-industriellen Unternehmung einer oHG, ZHR 70, 80
- Kipp-Coing Erbrecht, 12. Aufl. 1965
- Kommentar zum Handelsgesetzbuch: früher herausgegeben von Mitgliedern des Reichsgerichts, bearbeitet von Weipert, 2. Band, 2. Auflage. 1950, (zit.: Weipert)
- Koenige-Teichmann-Koehler Händausgabe des Handelsgesetzbuches, 3. Aufl. 1932 (zit.: Teichmann-Koehler)
- Kohler Die offene Handelsgesellschaft als juristische Person. ZHR 74, 456
- Lamers Die Fortsetzung der offenen Handelsgesellschaft mit einzelnen Miterben oder Dritten beim Tode eines Gesellschafters. Diss. Freiburg 1958
- Lange Lehrbuch des Erbrechtes, 1962
- Lehmann-Höniger Lehrbuch des Handelsrechts, 3. Aufl. 1921
- Lehmann-Ring Das Handelsgesetzbuch für das deutsche Reich, 1914
- Lehmann, Heinrich Allgemeiner Teil des bürgerlichen Gesetzbuchs, 11. Aufl. 1958
- Liebisch Über die Rechtsstellung der Erben eines Gesellschafters, ZHR 116, 128

Molitor	Die Kündigung, 2. Aufl. 1951
Müller-Erbach	Deutsches Handelsrecht, 3. Aufl. 1928
-	Die Erhaltung des Unternehmens, ZHR 61, 357 ff.
Neufeld-Schwarz	Handelsgesetzbuch 1. Band 1931
Neumann	Die Einheit des Rechtsinstituts der Auflösung bei der offenen Handelsgesellschaft. Diss. Breslau 1932
Palandt	Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar 22. Aufl. 1963
Paquin	Das Problem der Auflösung und Fort- erhaltung der offenen Handelsgesellschaft, Diss Köln 1935
Plum, Maria	Der fortschreitende Strukturwandel der Personalgesellschaften durch Ver- tragsgestaltung, Hundert Jahre deut- sches Rechtsleben, S. 137 ff.
Potthoff-Zinken	Die Gesellschaftsverträge der Perso- nalgesellschaften, 1953
Reinicke	Zur Kollision von Gesellschaftsrecht und Erbrecht, NJW 1957, 561
Ritter	Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2. Aufl. 1932
Rumpf	Probleme bei der Auflösung von offenen Handelsgesellschaften. Wirtschaftswiss. Diss. Köln 1954
Schlegelberger- Gessler	Handelsgesetzbuch, II. Band. 4. Aufl. 1963 (zit.: Schlegelberger)
Schmalenbach	Finanzierungen, Leipzig 1932
Schumann	Handelsrecht, Band 1. Handelsstand- Handelsgesellschaften, o. J.
Siebert	Nachfolge eines Mitbeteiligten in die Gesell- schafterstellung bei der offenen Han- delsgesellschaft, BB 1957, 18 ff.
Simon	Gesellschaftsrechtliche Bindungen auf Lebenszeit? DB 1961, 1679
Staub-Pinner	Kommentar zum HGB, Band 1. 14. Aufl. 1932
Steiner	Die offene Handelsgesellschaft und die Kommanditgesellschaft in der deutschen Wirtschaft, 1950
Steines	Die faktisch aufgelöste offene Handels- gesellschaft, Diss. Marburg 1964

Sudhoff	Der Gesellschaftsvertrag der Personalgesellschaften, 1959
-	Ist die offene Handelsgesellschaft unsterblich ? DB 1959, 1391
Unterberg	Die Verhinderung der Auflösungswirkungen bei der offenen Handelsgesellschaft, Diss.Köln 1939
Wächter	Das Handelsrecht nach dem Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, 1865
Weipert	Der Treuegedanke im Handelsrecht, in Rechtsspiegel der Wirtschaft 1943/1944 S. 331 ff.
Wieland	Handelsrecht, Band.1., Handelsgesellschaften, 1921
Wimpfheimer	Die Gesellschaften des Handelsrechts und des bürgerlichen Rechts im Stadium der Liquidation. 1908
Würdinger	Gesellschaften, Erster Teil, Recht der Personalgesellschaften 1937
-	Betrachtungen zur Reform der Personalgesellschaften , AcP (nF) 24, 129 ff.
Zunft	Unklarheiten zu § 139 HGB, NJW 1957, 1129

2. Französisches Schrifttum

Adolph	Manuel Pratique des sociétés en nom collectif et en commandite simple, 1920
-	De la liquidation des sociétés , 1927
Arthuys	Traité des sociétés commerciales, 1916
Aubry et Rau	Cours de droit civil français 1936
Banomyong	Du sort des sociétés de personnes en cas de décès d'un associé, Thèse Paris 1927
Bastian	Des clauses statutaires concernant l'évaluation des droits sociaux, J.S. 1935, 401 ff
Batardon-Delaisi	Traité pratique des sociétés commerciales, 1961

Baudry-Lacantinerie et Wahl	Traité théorique et pratique de droit civil. Tome XXIII, De la société, du prêt, du dépôt, 1907
Carbonnier	Droit Civil, 1955
Chevrier	Les effets de la faillite sociale sur les dirigeants des sociétés, Thèse Paris 1954
Colin-Capitant	Traité de droit civil, Tome II 1959 (zit.: Traité)
-	Cours élémentaire de droit civil français, 1915 (zit.: Cours)
Copper-Royer	Traité des sociétés, 1939
Cordannier	La notion de gérant statuaire, J.S. 1913, no. 15. S.16
Du Garreau de la Méchanie	La clause de continuation de la société en nom collectif avec les héritiers de l'associé adédé , J.S. 1938, 257
Duranton	Traité des contrats et obligations 1819
Duquesnoy	La dissolution judiciaire des sociétés pour justes motifs, Thèse Lille 1926
Escarra	Cours de droit commercial, 1952
Escarra-Rault	Traité théorique et pratique de droit commercial, Tome I-Les sociétés commerciales, 1950
Fuzier-Herman et Darras	Code civil annoté, publié par l'Administration du Recueil général des lois et des arrêts, 1900 - 1906
Guillouard	Traité du contrat de société, 1892
Hamel-Lagarde	Traité de droit commercial, Tome I 1954
Hamel	L'affectio societatis, Rev.trimestrielle 1925
Houpin et Bosvieux	Traité général, théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et associations, Tome I, 6.éd. 1927
Jeandel	L'intuitus personae dans les sociétés commerciales, Thèse Nancy 1932

Lacour et Bouteron	Précis de droit commercial, 3.éd. 1925
Lepargneur	L'exclusion d'un associé, D 1928, 257 ff
Levet	La mésintelligence entre associés, cause de dissolution anticipée des sociétés, Thèse Paris 1954
Lyon-Caen, Renault et Amiaud	Traité de droit commercial, Tome II, 1. partie, 6.éd. 1929 (zit.: Lyon- Caen, Traité)
Lyon-Caen, Renault	Manuel de droit commercial, 15.éd. 1928 (zit.: Lyon-Caen, Manuel)
Manger	L'étude critique de l'imposition des personnes morales en France, Thèse Paris 1954
Morandière, Julliot de la .	Droit commercial, Tome I, 1958
Percerou	Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires, 2.éd. 1935
Pic-Kreher	Des sociétés commerciales, Tome I. 3.éd. 1940 (zit.: Pic)
Piquetry	De la prorogation des sociétés, Rev.Soc 1930, 1ff und 49 ff.
Planiol -Ripert et Esmein	Traité pratique de droit civil fran- çais, Tome VI, Obligations, 2.éd. 1952 (zit.: Planiol-Ripert)
Pothier	Oeuvres complètes de Pothier par Rogron et Firbach, 1835
Ripert	Traité élémentaire de droit commer- cial, 4.éd. 1964
-	La clause de continuation de la so- ciété en nom collectif avec les héritiers de l'associé décédé. Rev.gén. 1938.7.
Savatier	Droit des affaires, 1962

Savatier	Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui 1952
Schaeffer	Les causes d'ordre public de dissolution des sociétés, Dix ans de conférences d'agrégation, Etudes de droit commercial, offertes à Joseph Hamel 1961 Seite 227 ff.
Sugnot	La clause statutaire de continuation de la société avec un des héritiers R.D.C. 1957.15
Thaller et Percerou	Traité élémentaire de droit commercial à l'exclusion du droit maritime, 8.éd. 1931
Thaller et Pic	Traité général de droit commercial, Tome I. - Des sociétés commerciales 1908
Travaux	de la Commission de réforme du Code de commerce et du droit des sociétés, Volume VII
Troplong	Le droit civil expliqué, Du contrat de société civile et commerciale Tome II 1843
Tunc	Cours de droit civil comparé, 1962/63
Vavasseur	Traité des sociétés civiles et commerciales avec formules, 6.éd. 1910
x	La clause de rachat des parts sociales de l'associé prédécédé, J.C.P. 1958.II 10.395

Abkürzungsverzeichnis

1. Deutsche Abkürzungen

AcP (nF)	Archiv für die civilistische Praxis, neue Folge
BB	Der Betriebsberater
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
DB	Der Betrieb
DJ	Deutsche Justiz
HGB	Handelsgesetzbuch
HRR	Höchsttrichterliche Rechtsprechung
JR	Juristische Rundschau
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KO	Konkursordnung
LM	Das Nachschlagewerk des Bundesgerichts- hofes in Zivilsachen, herausgegeben von Lindenmayer- und Möhring
LZ	Leipziger Zeitschrift
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OGH	Entscheidungen des Obersten Gerichts- hofes für die Britische Zone
OHG	Offene Handelsgesellschaft
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
ROHG	Entscheidungen des Reichsoberhandels- gerichts
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
Warn	Warneyer, Die Rechtsprechung des Reichs- gerichts
WM	Wertpapiermitteilungen
ZakDR	Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht

2. Französische Abkürzungen

art.	article
Bull.Cass.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Chambres civiles
Cass.	Cour de cassation
Cass.civ.	Cour de cassation. Chambre civile. Section civile
Cass.com.	Cour de cassation. Chambre civile. Section commerciale
Civ.	Chambre civile
Ch.réun.	arrêts des chambres réunies de la Cour de cassation
com.	Tribunal de commerce
D.	Recueil Dalloz
D.A.	Recueil analytique Dalloz
D.C.	Recueil critique Dalloz
D.H.	Recueil hebdomadaire Dalloz
D.P.	Recueil périodique et critique de Dalloz
D.Jur.gén.	Répertoire de jurisprudence de Dalloz
D.Rép.	Répertoire commercial de Dalloz
Gaz.Pal.	Gazette du Palais
J.C.P.	Juris - Classeur périodique et Semaine juridique
Journ.agrèés	Revue de jurisprudence commercial, Journal des agrèés
J.S.	Journal des sociétés
Ord.	Ordonnance
p.	Page
R.D.C.	Revue trimestrielle de droit commercial
Req.	Chambre des requêtes
Rev.gén	Revue général de droit commercial
Rev.Soc.	Revue des Sociétés
Rev.trimestrielle	Revue trimestrielle de droit civil
S.	Recueil de Sirey
t.	tome

E i n l e i t u n g

Eine rechtsvergleichende Untersuchung eines Problemkreises aus dem Recht der offenen Handelsgesellschaft scheint sich deshalb zu lohnen, weil zwischen den offenen Handelsgesellschaft des deutschen und der ihr entsprechenden Form des französischen Rechts, der *société en nom collectif*, grössere dogmatische Unterschiede bestehen. Es sei nur erwähnt, dass der *société en nom collectif* Rechtspersönlichkeit zuerkannt, die offene Handelsgesellschaft dagegen bei fehlender Rechtspersönlichkeit als Gesamthandsverband angesehen wird. Die unterschiedliche Rechtsnatur lässt auch eine verschiedene Ausgestaltung der Auflösung und der Auflösungsgründe erwarten.

Das gewählte Thema der "Auflösung der offenen Handelsgesellschaft" ist als aktuell und fruchtbar anzusehen, weil schon seit längerer Zeit die Meinung im Vordringen ist, die vom Gesetzgeber normierten Auflösungsgründe entsprächen nicht mehr den Bedürfnissen des heutigen Wirtschaftslebens. Allgemein wird darauf hingewiesen, dass immer wieder Gesellschaften aufgelöst werden müssen, deren Unternehmen wirtschaftlich gesehen einen Weiterbestand verdienten¹. Dieses Auseinanderfallen von wirtschaftlichem Bedürfnis und gesetzgeberischer Gestaltung kommt vor allem daher, dass das rechtliche Gewand der offenen Handelsgesellschaft und damit auch deren Auflösungsgründe vom Gesetzgeber für den damals vorherrschenden Typ des Kleinunternehmens geschaffen

1) vgl. Hoesebeck, Die kap.KG.S.38 f.; Grieger, AcP(nF) 25, 327

worden sind¹. Die Unternehmen jener Epoche konnten in der Regel ohne grössere Verluste aufgelöst werden. In der Zwischenzeit aber ist die allgemeine Grösse und die wirtschaftliche Bedeutung der Personalgesellschaften angewachsen. Ihre Liquidation kann in den allermeisten Fällen wegen des erheblichen Anteils an betriebsgebundenem Vermögen und der oft grossen Zahl von Beschäftigten nicht ohne beträchtlichem Schaden erfolgen².

Die offene Handelsgesellschaft ist als Personalgesellschaft in besonders hohem Masse von den Lebensschicksalen der einzelnen Gesellschafter abhängig und soll nach dem Willen des Gesetzgebers beim Eintritt der verschiedensten persönlichen Umstände der Auflösung verfallen. Deshalb ist heute die Anwendung der Rechtsform der offenen Handelsgesellschaft für grössere Unternehmen mit besonderen Gefahren verbunden. Besonders von wirtschaftswissenschaftlicher Seite wird darum seit längerer Zeit eine durchgreifende Änderung der Auflösungsbestimmungen gefordert. Zum Teil will man sogar die Auflösung der offenen Handelsgesellschaft auf Fälle von zwingender wirtschaftlicher Notwendigkeit beschränken, da in allen übrigen Fällen mit dem Ausschluss eines oder mehrerer Gesellschafter auszukommen sei³.

Hans Würdinger nannte im Jahre 1938 die Revision der gesetzlichen Auflösungsgründe eines der Hauptprobleme der Personalgesellschaften⁴. Die betreffenden Vorschriften müssten besonders deshalb geändert werden, weil sie zu weitgehend die Interessen der Ge-

1) vgl. Plum a.a.O. S. 179

2) Müller-Erbach, ZfHR 61, 358; Schmalenbach, a.a.O. S. 83

3) Steiner, a.a.O. S. 120

4) Würdinger in AcP (nF) 24, 141 u. 148

sellschafter berücksichtigten ohne dem berechtigten Interesse der Allgemeinheit zu genügen¹.

In neuerer Zeit setzte sich insbesondere S t e i n e r in seiner Schrift "Die offene Handelsgesellschaft und die Kommanditgesellschaft in der deutschen Wirtschaft" für eine Reform der Auflösungsgründe ein. Er hoffte mit seiner Arbeit der Diskussion über diesen Fragenkreis wieder einen Anstoss zu geben² - einen Anstoss, der mit dem vorliegenden rechtsvergleichenden Beitrag aufgenommen sei.

Die Wahl des französischen Rechts erschien besonders reizvoll, da die sich mit der Reform des Gesellschaftsrechts befassende Kommission im Jahre 1956 kaum eine Änderung der Auflösungsgründe vorschlug oder sich auch nur eingehender damit befasste³. Die Zufriedenheit der Reformer mit den Auflösungsgründen liess erwarten, dass die vom französischen Gesetzgeber normierten Auflösungsgründe auch heute noch im Wesentlichen den Bedürfnissen der Wirtschaft genügten.

Den Eindruck, dass die Untersuchung des französischen Rechts fruchtbar sein müsse, verstärkte noch ein Aufsatz von S c h a e f f e r in der Festschrift für Hamel vom Jahre 1961⁴. Schaeffer ist der Auffassung, dass der Problemkreis der Auflösungsgründe bei den Handelsgesellschaften von aktuellster Bedeutung sei:

" Les causes de dissolution prennent un aspect particulier, d'un réalisme certain, d'un modernisme qui peut étonner "⁵.

Besonderes Interesse verdienten die Auflösungsgründe,

1) vgl. auch Würdinger, Gesellschaften S.133

2) Steiner a.a.O. S.24f; vgl. auch Boesebeck, Die kap.KG S.28

3) vgl. Travaux de la Commission de réforme du Code de Commerce et du droit des sociétés, vol.7, 32

4) Schaeffer in Hommage à Hamel S. 232 ff.

5) Schaeffer a.a.O. S.233

weil gerade bei ihnen wie kaum auf einem anderen Rechtsgebiet eine wirtschaftlich orientierte Betrachtungsweise die juristische verdrängt habe. Diese Auffassung Schaeffers - insbesondere sein Hinweis auf die wirtschaftliche Betrachtungsweise - lässt eine Handhabung der nun doch schon betagten Bestimmungen des Code civil und des Code de commerce erwarten, die eine Annäherung an die Forderungen nach stärkerer Berücksichtigung von wirtschaftlichen Gesichtspunkten darstellt.

E r s t e r A b s c h n i t t

Die Problematik der Auflösung und grundsätzliche Unterschiede zwischen der offenen Handelsgesellschaft und der *société en nom collectif*.

I. D i e P r o b l e m a t i k d e r A u f - l ö s u n g

Die offene Handelsgesellschaft ist vom Gesetzgeber sehr "sterblich" geschaffen worden¹. Als Personalgesellschaft ist sie in hohem Masse von den Schicksalen der einzelnen Mitglieder abhängig. Der Tod eines Gesellschafters, sein Konkurs oder andere Ereignisse führen in beiden Rechten grundsätzlich zur Auflösung der Gesellschaft. Die offene Handelsgesellschaft beruht wie die *société en nom collectif* auf der Persönlichkeit ihrer Mitglieder, "deren Individualität, persönliche Tüchtigkeit, Einsatzbereitschaft, finanzielle Leistungsfähigkeit und gegenseitiges Vertrauen die Teilhaber zum gemeinsamen Betrieb zusammengeführt hat"². Fällt eine dieser persönlichen Voraussetzungen für die Gesellschaft weg, verfällt die Gesellschaft grundsätzlich selbst dann dem Untergang, wenn das Unternehmen durchaus noch lebensfähig ist.

Daneben wird auch in besonderem Masse durch die Einräumung eines jederzeitigen Kündigungsrechtes und der Befugnis, gerichtliche Auflösung der Gesellschaft zu verlangen, dem Bedürfnis nach individueller Freiheit Rechnung getragen. Auch die Ausübung dieser Rechte führt meist unter Missachtung des Fortsetzungswillens der übrigen Gesellschafter zur Vernichtung des Unternehmens.

1) Savatier spricht von einem "caractère éphémère" der *société en nom collectif*, droit des affaires no.157
 2) Würdinger a.a.O. S. 232

Die Berücksichtigung des immer vorhandenen Freiheitsbedürfnisses des einzelnen Gesellschafters müsste eigentlich ihre Schranke in den berechtigten Lebensinteressen der übrigen Gesellschafter, des Unternehmens und den Belangen der Volkswirtschaft finden - Güter, die nach der sich nun durchsetzenden Meinung nicht angemessen berücksichtigt wurden. Es sei zugegeben, dass der Gesetzgeber die Notwendigkeit der Erhaltung des Unternehmens durchaus erkannt hat und auch zeigt, dass er die Auflösung der offenen Handelsgesellschaft möglichst weitgehend beschränken will. Das Gesetz erklärt mehrere Auflösungsgründe für dispositiv. Ausserdem räumt es den Gesellschaftern die Möglichkeit ein, eine Zerstörung des Unternehmens durch ein Rückgängigmachen der eingetretenen Auflösung zu verhindern¹. Haben aber die Gesellschafter infolge mangelnder Voraussicht nicht die für die Erhaltung des Unternehmens notwendigen vertraglichen Bestimmungen getroffen oder kann wegen des Widerspruchs eines einzelnen Gesellschafters ein Beschluss auf Rückgängigmachung der Auflösung nicht gefasst werden, sind die vom Gesetzgeber bereitgestellten Mittel wirkungslos. Dieser Rechtszustand erscheint schon bei kleineren Unternehmen unbillig. Bei Unternehmen der Industrie ist er aber heute nicht mehr tragbar.

Der Wandlung der wirtschaftlichen Verhältnisse muss auch eine veränderte rechtliche Beurteilung folgen. Durch die Änderung des Gesetzes in der Weise, dass grundsätzlich beim Vorliegen einer Tatsache, die gegenwärtig zur Auflösung führt, die Gesellschaft unter Ausschluss eines oder mehrerer Gesellschafter fortgesetzt wird, könnte bestimmt Abhilfe geschaffen werden². Heute stellt sich aber das Problem der Anpassung

1) vgl. § 144 HGB

2) so Steiner a.a.O. S.121

an die wirtschaftlichen Bedürfnisse, Wege zu suchen, wie bei der geltenden Rechtslage eine angemessene Lösung des Interessenwiderstreits gefunden werden kann.

Wenn es auch bei grösseren Gesellschaften die Regel sein dürfte, durch Vertragsbestimmungen den Bestand des Unternehmens für lange Zeit dadurch zu sichern, dass die gesetzlichen Auflösungsgründe so weit wie möglich ausgeschlossen werden, so stellt sich das Problem der Unzulänglichkeit der gesetzlichen Vorschriften besonders bei kleineren und mittleren Unternehmen, bei denen die Gesellschafter meist keine ins einzelne gehende Gesellschaftsverträge abschliessen¹. Für die grösseren Gesellschaften dagegen, die bei der Abfassung des Gesellschaftsvertrages gewöhnlich an den Fall der Auflösung denken, ist besonders die Frage bedeutsam, wie der Bestand des Unternehmens gesichert werden kann.

Aus dieser Sach- und Rechtslage ergeben sich für die Untersuchung hauptsächlich drei Fragenkomplexe:

1. Wann wird nach dem Normalstatut des Gesetzgebers die offene Handelsgesellschaft aufgelöst ?
2. Welche Möglichkeiten haben die Gesellschafter zur Sicherung des Bestandes ihres Unternehmens ? Inwieweit können sie die gesetzlichen Auflösungsgründe einschränken ?
3. Welche Mittel haben Wissenschaft und Rechtsprechung zur Eindämmung der unerwünschten Auflösung ?

Wo in der vorliegenden Untersuchung über die Beantwortung dieser Fragen hinaus im einzelnen noch auf die Reform der Auflösungsgründe eingegangen wird, geschieht

1) vgl. Plum a.a.O. S. 179 (Anm.)

dies nur beiläufig. Es würde über das Ziel dieser rechtsvergleichenden Darstellung hinausgehen, auch das Gebiet der rechtspolitischen Forschung einzubeziehen. Wir wollen uns darauf beschränken, durch den Vergleich zweier Lösungsversuche anregend auf eine gesetzgeberische Reform oder zumindest auf die deutsche Rechtspraxis zu wirken.

Aus dieser Themenstellung ergibt sich, dass auf solche Fragen, die mit der Problematik der Auflösung und Unternehmenserhaltung nicht in bedeutsamem Zusammenhang stehen, nur nebenbei eingegangen werden soll. Damit sind Fragen gemeint, die wohl unter das Thema der "Auflösung der offenen Handelsgesellschaft" einzu-reihen sind, jedoch nichts zur Beantwortung der genannten Fragen beizutragen vermögen:

Zunächst wird es im Hinblick darauf, dass die Auflösungsgründe in engem Zusammenhang mit der allgemeinen rechtlichen Struktur der jeweiligen Gesellschaft stehen, unumgänglich sein, jene allgemeinen Merkmale der offenen Handelsgesellschaft und der *société en nom collectif* zu behandeln, die für die Auflösung und die Auflösungsgründe von Bedeutung sind.

II. Grundsätzliche Unterschiede zwischen der offenen Handelsgesellschaft und der *société en nom collectif*

Art. 20 des Code de Commerce bestimmt den Begriff der *société en nom collectif*:

" La société en nom collectif est celle que contractent deux ou un plus grand nombre et qui a pour objet de faire le commerce ".

Genauer wird der Begriff der *société en nom collectif* von Lyon-Caen, Renault et Amiaud definiert¹:

" La société en nom collectif est une société dans laquelle les associés font le commerce sous une raison sociale et sont tenus personnellement et solidairement des dettes sociales ".

Die Begriffsbestimmung weicht von der des § 105 HGB inhaltlich kaum ab:

" Eine Gesellschaft, deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist, ist eine offene Handelsgesellschaft, wenn bei keinen der Gesellschafter die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern beschränkt ist ".

Gleichwohl bestehen erhebliche Unterschiede, die sich zurückführen lassen auf die Erkenntnisse von Wissenschaft und Rechtsprechung, denen die lückenhafte Regelung des Gesetzes breiten Spielraum zur Entfaltung gegeben hat - zweifellos ein Vorteil bei der Anpassung an die sich wandelnden Bedürfnisse der Wirtschaft. Dabei wurden grössere Abweichungen in Gerichtsentscheidungen durch die Rechtsprechung der Cour de Cassation ausgeglichen.

Die wichtigsten Unterschiede, die in einem inneren Zusammenhang mit den Problemen der Auflösung und der Auflösungsgründe stehen, sind:

Die *société en nom collectif* ist eine juristische Person, eine " *personne morale*". Die offene Handelsgesellschaft hingegen besitzt nach der in Literatur und Rechtsprechung heute allgemein herrschenden Meinung keine Rechtspersönlichkeit². Sie ist eine von den Ein-

1) Lyon-Caen, Renault et Amiaud, *Traité*, no.149

2) RGZ 118, 298; 136, 270; a.A. Kohler, *ZfHR* 74, 456 ff.
Entgegnung von Karl Lehmann, *ZfHR* 74, 462 ff.

zelrechten der Gesellschafter getrennte Gemeinschaft zur gesamten Hand.

Die Rechtsfigur der Gesamthand ist dem französischen Recht fremd. Sie ist eine " regelmässig zweckgebundene vom Zusammenhandeln der Beteiligten getragene Personenvereinigung mit einem Sondervermögen zu gebundener, auch anteilmässig nicht verfügbarer, Mitberechtigung"¹.

Als Form der Rechtszuständigkeit ist die Gesamthand eine Mitberechtigung. Die gemeinsamen Gegenstände bilden ein dem Zweck der Gesamthand dienendes Sondervermögen. Es hebt sich zwar vom sonstigen Vermögen der Beteiligten ab, hat jedoch nicht die Gesamthand als solche, die ja keine eigene Rechtsperson ist, zum Rechtsträger. Die Mitberechtigung erfasst jeden Vermögensgegenstand als ungeteiltes Ganzes, wobei jeder Teilhaber durch die Mitberechtigung jedes andern beschränkt ist.

Das Gesamthandsvermögen ist auch dinglich gebunden: Über Vermögensgegenstände können die Gesamthänder nur zusammen verfügen. Diese Bindung hat zur Folge, dass Privatgläubiger eines Gesamthänders nicht ohne weiteres auf dieses Vermögen greifen können. Die Gesamthandschulden sind keine Schulden der Gesamthand als solcher. Sie sind Schulden der Gesamthänder persönlich. Das Gesamthandsvermögen haftet nur; in der Regel haftet aber auch das sonstige Vermögen der Gesamthänder.

Die Rechtspersönlichkeit wird der société en nom collectif vom Gesetzgeber nicht ausdrücklich zugesprochen. Doch schliesst die Wissenschaft und Rechtsprechung besonders aus einer Vorschrift, dass die société en nom collectif wie die anderen Handelsgesellschaften als juristische Person anzusehen ist. Aus Art. 529

1) vgl. Schumann I. S. 184

Code civil ergäbe sich, dass die Gesellschafter nicht Eigentümer des ungeteilten Vermögens sein können, sondern ein selbständiges Gesellschaftsvermögen vorhanden sein müsse. Liege aber ein selbständiges Gesellschaftsvermögen vor, müsse die Gesellschaft eine juristische Person darstellen¹.

Die société en nom collectif hat demnach als juristische Person im Gegensatz zur gesamthänderischen offenen Handelsgesellschaft ihre eigenen Rechte und Pflichten. Die Vermögensgegenstände stehen ihr in der Form der Alleinberechtigung zu. Es besteht keine Mitberechtigung ihrer Mitglieder.

Im Gegensatz zum deutschen Recht geht das französische nicht von einem einheitlichen Begriff der " personne morale " aus. Es gäbe starke und schwache Ausprägungen².

So meint Ripert³, dass die Rechtspersönlichkeit der société en nom collectif nicht vollständig von der Persönlichkeit jedes einzelnen Gesellschafters getrennt sei. Damit steht fest, dass die Rechtspersönlichkeit der Personalgesellschaften jedenfalls schwächer ausgeprägt ist als die der Kapitalgesellschaften.

Nachdem man im deutschen Recht in mancherlei Beziehung die Vorschriften über die juristischen Personen auf die offene Handelsgesellschaft entsprechend anwendet, hat es den Anschein, dass die unterschiedlichen Folgen aus der verschiedenen Auffassung über die Rechtsnatur nicht mehr allzu gross sein können.

Ein für das vorliegende Thema wichtiger Unterschied besteht aber in der Stellung der Gesellschafter zum Vermögen der Gesellschaft.

Die Gesellschafter haben an den Gegenständen des Gesellschaftsvermögens kein dingliches Recht. Folge-

1) Cass. 8.12. 1915. S. 1917.1.60; Hamel-Lagarde, no.414
vgl. auch art. 69-6 Code de procédure

2) vgl. Ripert a.a.O. no.666

3) Ripert a.a.O. no. 802

richtig wird den Privatgläubigern der Gesellschafter der Zugriff auf das Gesellschaftsvermögen versagt. Es ist zu erwarten, dass sie auch nicht die Möglichkeit haben werden, die Gesellschaft zur Auflösung zu bringen. Das Gesellschaftsvermögen steht unter dem alleinigen Zugriff der Gesellschaftsgläubiger¹. Die persönlichen Gläubiger eines Gesellschafters können erst in die Gegenstände, die der Gesellschafterschuldner nach der Auflösung bei der Teilung erhält, vollstrecken. Solange die Gesellschaft besteht, haben die persönlichen Gläubiger nur eine Möglichkeit, Befriedigung zu erlangen; Sie können den Gewinnanteil ihres Schuldners pfänden lassen. Die Annahme der Rechtspersönlichkeit hat demnach eine ziemlich starke Benachteiligung der persönlichen Gläubiger zur Folge.

Eine weitere Folge der Rechtspersönlichkeit und der damit verbundenen Trennung der Vermögen ist, dass der Konkurs der Gesellschaft nicht den ihrer Mitglieder nach sich zieht.

Die Gesellschaftsanteile sind im deutschen² wie im französischen Recht³ grundsätzlich nicht übertragbar - eine Rechtslage, die im französischen Recht aus dem Wesen der société en nom collectif folgt und nicht aus der Rechtsnatur des Gesellschaftsanteils, der als Gegenstand eigentlich übertragen werden könnte. Die Gesellschafter können wohl einer Übertragung im Einzelfall zustimmen. Die Vereinbarung einer generellen Übertragbarkeit ist aber deshalb unzulässig,

-
- 1) " le gage exclusif des créanciers sociaux " Lyon-Caen, Renault et Amiaud, Traité, no. 109
 - 2) § 719 BGB ;vgl. Buchwald, Abtretung von Anteilen an einer Personengesellschaft, BB. 1955, 52; Hueck in ZfHR 83, 1ff.
 - 3) vgl. Ripert, no 670

weil die *société en nom collectif* dann nicht mehr als solche, sondern als unregelmässig gebildete *société par actions* angesehen werden müsste¹.

Die herrschende Lehre in Deutschland sieht dagegen in der vertraglichen Vereinbarung einer freien Übertragbarkeit oder in der Zustimmung ad hoc keinen Widerspruch zur Rechtsnatur der Personalgesellschaft und erklärt sie für zulässig². Die Vorschrift des § 719 I BGB wird als abdingbar angesehen³.

Die französische Auffassung steht wohl mehr im Einklang mit dem Wesen einer Personalgesellschaft, die in besonders hohem Masse auf dem gegenseitigen Vertrauen der Gesellschafter beruht.

Damit ist eines der für unseren Problemkreis bedeutendsten Wesensmerkmale der *société en nom collectif* und der offenen Handelsgesellschaft angesprochen: der "Intuitus personae"-Charakter der Personalgesellschaften⁴.

Der Begriff des "Intuitus personae" will besagen, dass beim Vertrag auf Gründung einer Personalgesellschaft die Person und die persönlichen Eigenschaften jedes Vertragspartners zum wesentlichen Inhalt des Vertrages werden. Jeder Gesellschafter schliesse den Vertrag nur im Hinblick auf die persönlichen Eigenschaften seiner Vertragspartner. Aus dem Begriff des "Intuitus personae" folge auch die Annahme, ein Gesellschafter schliesse den Vertrag nur unter der Bedingung,

1) Pic, t. II no. 695; Ripert, no. 647; Escarra-Rault, no. 259

2) Würdinger, Gesellschaften, S. 68; Hueck S. 284
Weipert § 109 Anm. 7; a.A. RG 97, 167, Staub-Pinner § 109 Anm. 19

3) BGH in DB 58, 105; Hueck in ZfHR 83, 30

4) Der in der französischen Wissenschaft gebräuchliche Begriff "Intuitus personae" ist sehr glücklich gewählt. Er wird deshalb auch bei der Abhandlung des deutschen Rechtes gebraucht werden.

dass die anderen Gesellschafter in der Gesellschaft bleiben und kein Mitgliederwechsel stattfindet¹. Der Grundsatz des "Intuitus personae" gilt sinngemäss auch im deutschen Recht. Unterschiede bestehen jedoch im Masse der Betonung dieses Prinzips. Aus der ins Auge fallenden geringeren Zahl der gesetzlich normierten Auflösungsgründe dürfte sich ergeben, dass dieser Grundsatz im deutschen Recht schwächer ausgebildet ist: Während im französischen Recht die Fälle der "incapacité" unmittelbar wirkende Auflösungsgründe sind, kann im deutschen Recht der Wegfall der Geschäftsfähigkeit eines Gesellschafters lediglich unter Vorliegen weiterer Voraussetzungen zur gerichtlichen Auflösung führen.² Im Normalfall wird demnach dem deutschen Gesellschafter die Fortsetzung der Gesellschaft zugemutet, während dies der französische Gesetzgeber als mit dem Grundsatz des "Intuitus personae" unvereinbar angesehen hat. Die stärkere Ausprägung dieses Grundsatzes im französischen Recht zeigt sich insbesondere aber auch in der Stellung zum Problem der Übertragbarkeit der Gesellschaftsanteile.

Auch für die Fähigkeit, offener Handelsgesellschafter zu sein, bestehen Unterschiede, die für unsere Untersuchung von Bedeutung sind: Offener Handelsgesellschafter kann im deutschen Recht jede natürliche Person sein. Auch beschränkt Geschäftsfähige und selbst Geschäftsunfähige können in eine Gesellschaft eintreten. Geschäftsunfähige können aber nur durch ihren gesetzlichen Vertreter handeln, beschränkt Geschäftsfähige bedürfen einer entsprechen-

1) vgl. Jeandel S.5

2) Auch das ADHGB sah noch für diesen Fall die unmittelbare Auflösung vor.

den Zustimmung¹. Dies ergibt sich daraus, dass diese Rechte erwerben, verpflichtet werden und darum auch Kaufleute sein können. Die Tatsache, dass sie wirksame Geschäfte selbständig überhaupt nicht oder nur unter bestimmten Voraussetzungen vornehmen können, vermag diese Fähigkeit nicht zu berühren.

Associé en nom collectif kann dagegen ein Geschäftsunfähiger oder beschränkt Geschäftsfähiger nicht sein, da er nicht die "capacité de faire le commerce" hat². Ein Minderjähriger, der nicht "emanzipiert" ist, besitzt beispielsweise diese Fähigkeit nicht³. Auch sein "tuteur" kann das Handelsgeschäft nicht für ihn betreiben. Ist der Minderjährige dagegen emanzipiert, so hat er, soweit es die Bedürfnisse des Handelsgewerbes erfordern, die Stellung eines Volljährigen.⁴

1) vgl. etwa §§ 1822 Ziffer 3; 1643 BGB

2) vgl. Julliot de la Morandière no. 354

3) Art. 2 C.com.

4) vgl. Art 487 und 1308 C.civ; art.2 C.com.

Z w e i t e r A b s c h n i t t

Die Auflösung und die Auflösungsgründe im allgemeinen

I. D e r B e g r i f f d e r A u f - l ö s u n g

Bei der Bestimmung des Begriffs der "Auflösung der offenen Handelsgesellschaft" geht es um die Frage, ob der Rechtsbegriff der "Auflösung", wie ihn der Gesetzgeber anwendet¹, im Sinne des allgemeinen Sprachgebrauchs - nämlich im Sinne von "Beendigung" zu verstehen ist. Bedeutet das Eintreten eines Auflösungsgrundes das Ende der Gesellschaft, oder lebt die Gesellschaft noch bis zum Ende der Liquidation weiter? Denkbar ist auch, dass die Gesellschaft beim Eintreten eines Auflösungsgrundes untergeht und ihr Bestand nur weiter fingiert wird. Jede dieser drei möglichen Rechtsansichten war einmal in Deutschland herrschend.

Anfänglich glaubte man, das Eintreten eines Auflösungsgrundes bedeute auch das Ende der Gesellschaft. Diese Lösung war wenig praktikabel. In der folgenden Zeit half man sich dann mit einer Fiktion und unterstellte für die Zwecke der Liquidation den Fortbestand der offenen Handelsgesellschaft.²

Diese Auffassung wurde durch die eindeutige Stellungnahme des Handelsgesetzbuches überwunden. Aus mehreren Bestimmungen dieses Gesetzes geht nunmehr her-

1) Der Code civil gebraucht das Wort "dissolution"
vgl. art. 1871

2) Wächter, Teil II S.50 Anm.3

vor, dass die offene Handelsgesellschaft bis zur vollen Beendigung ihrer Geschäfte in der alten rechtlichen Form weiterbesteht. Die Fassung des § 149 HGB " die Liquidatoren vertreten die Gesellschaft gerichtlich und aussergerichtlich" lässt nur diesen Schluss zu. Die Vorschrift geht demnach nicht von einer Fiktion aus, sondern von einem tatsächlichen Weiterbestand. Auch § 156 HGB ist nur nach einer Annahme eines Fortbestandes der Gesellschaft verständlich: Bis zur Beendigung der Liquidation werden auf das Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander wie auch der Gesellschafter zu Dritten die Vorschriften, die vor der Liquidation gelten¹, auch im Stadium der Auseinandersetzung angewendet. Ein weiteres Argument ist § 144 HGB: Im Falle des Auflösungsgrundes des Konkurses können die Gesellschafter auch nach Eintritt der Auflösung die Fortführung der Gesellschaft beschliessen. Eine bereits beendete, nur noch fingiert bestehende Gesellschaft könnte nicht mehr fortgesetzt, sondern müsste neu gegründet werden.

Auch der Sukzessionstheorie², nach der die Gesellschaft mit der " Auflösung " aufhört, eine solche zu sein, und sich die Gesellschafter in einer " Gemeinschaft befinden, dürfte damit der Boden entzogen sein.

Die heute herrschende Auffassung wird als Identitätstheorie bezeichnet, da sich die Rechtsnatur der Gesellschaft nicht ändert. Der Eintritt eines Auflösungsgrundes führt die Gesellschaft lediglich ihrem Ende entgegen. In Anbetracht der Fortsetzungsmöglichkeit nach Eintritt eines Auflösungsgrundes ist er der

1) die Vorschriften des zweiten und dritten Titels.

2) vgl. O.v.Gierke, Genossenschaftstheorie S. 489

Beginn eines Zeitraumes, " in dem sich entscheidet, ob die Gesellschaft endgültig endet oder weitergeführt wird " ¹.

Im französischen Recht hängt der Begriff der Auflösung und damit die Frage des Fortbestandes der Gesellschaft von dem Bestande der Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft ab.

Man geht davon aus, dass die "personne morale" tatsächlich mit dem Eintreten einer Auflösungsatsache untergeht. Die Anwendung dieser Auffassung würde aber zu ganz unerwünschten Ergebnissen führen: Gerade die schutzwürdige Rechtsstellung der Gesellschaftsgläubiger würde geschmälert werden. Der Wegfall der "personne morale" hätte doch zur Folge, dass auch kein Gesellschaftsvermögen mehr vorhanden wäre, das vom Privatvermögen der Gesellschafter getrennt wäre. Es wäre nicht zu verhindern, dass die Privatgläubiger wie die Gesellschaftsgläubiger in das Gesellschaftsvermögen vollstreckten. Die Gesellschaftsgläubiger haben aber ein Recht darauf, dass das Vermögen der Gesellschaft ungeteilt ausschliesslich ihrem Zugriff vorbehalten bleibt. Um den Gesellschaftsgläubigern diese bevorrechtigte Stellung zu erhalten, ist man einhellig der Auffassung, es sei auch nach Auflösung von einem Fortbestande der Rechtspersönlichkeit auszugehen, der freilich kein tatsächlicher sei, sondern nur für die Zwecke der Liquidation und zur Garantie des alleinigen Rechtes der Gesellschaftsgläubiger auf Befriedigung fingiert werde. ² Für die vorliegende Untersu-

1) so Wieland S. 679 ; Paquin S. 18

2) Lyon-Caen, Renault, Manuel no. 365; Bastian, J.S. 1937, 1 ff.; Req. 25.2.1935, Gaz.Pal. 1935.1.700 Cass.com. 12.10.1954 , D.1955. 697 note Copper-Royer Cass.com 26.6.1961. Gaz.Pal. 1962.1.63; Ripert no. 780.

chung ist besonders wichtig, dass die Zwecksetzung dieser Fiktion sehr begrenzt ist.¹ Nur soweit es oben genannte Zwecke unbedingt erfordern, ist von einem Weiterbestande der Rechtspersönlichkeit und damit der Gesellschaft auszugehen.²

Der Unterschied zwischen dem deutschen und dem französischen Recht besteht demnach darin, dass die offene Handelsgesellschaft nach der Auflösung tatsächlich und nicht nur fiktiv weiter besteht, während die *société en nom collectif* mit der Auflösung untergeht und nur für die Zwecke der Liquidation weiter fingiert wird. Unterschiedliche Folgen müssen sich daraus für die Frage der Zulässigkeit der Fortsetzung nach Eintritt eines Auflösungsgrundes ergeben. Es sei vorweggenommen, dass die französische Wissenschaft und Rechtsprechung einmütig die Auffassung vertreten, eine Fortsetzung komme nach Eintritt eines Auflösungsgrundes nicht mehr in Betracht - eine Fortsetzung, die im deutschen Recht allgemein als zulässig angesehen wird.

"Auflösung" bedeutet demnach im französischen Recht tatsächlich Beendigung der Gesellschaft, während im deutschen Recht damit nur der Beginn eines Stadiums gemeint ist, in dem sich entscheiden wird, ob die Gesellschaft tatsächlich untergehen wird.

" La dissolution est une condamnation à mort, dont l'exécution peut être retardée mais non éludée " ³

1) Bastian, J.S. 1937, 1ff und 65 ff.

2) Bastian a.a.O.

3) So lautet der treffende Vergleich von Hamel-Lagarde a.a.O. no.428

I I . D i e A u f l ö s u n g s g r ü n d e i m a l l g e m e i n e n

Bei der Festlegung der Tatsachen, die bei Fehlen einer abweichenden Vereinbarung zur Auflösung der Gesellschaft führen sollen, berücksichtigte der deutsche Gesetzgeber hauptsächlich drei Gesichtspunkte :

1. Die Wesentlichkeit der Individualität jedes einzelnen Gesellschafters (Tod, Kündigung, gerichtliche Entscheidung).
2. Die individuelle Freiheit (Zeitablauf, Beschluss der Gesellschafter, Kündigung, gerichtliche Entscheidung)
3. Die Sicherung der rechtlich zu schützenden Interessen Dritter - der Gläubiger der Gesellschaft und der Privatgläubiger.¹

Der französische Gesetzgeber verfolgt dieselben Ziele. Der Unterschied liegt jedoch im Masse, wie diesen einzelnen Belangen Rechnung getragen wird. Sofort fällt auf, dass die Interessen Dritter, vor allem die der Privatgläubiger des einzelnen Gesellschafters, in weit geringerem Masse berücksichtigt werden als es der deutsche Gesetzgeber für angemessen hielt.

Einteilungen der Auflösungsgründe lassen sich nach den verschiedensten Gesichtspunkten vornehmen. Neben anderen ist folgende möglich:
Die Auflösungsgründe des Beschlusses der Gesellschafter und des Zeitablaufs hängen von einem übereinstimmenden Willen aller Gesellschafter ab.

1) vgl. O.v.Gierke, Genossenschaftstheorie S. 487

Die Konkurseröffnung über das Vermögen der Gesellschaft oder eines Gesellschafters und der Tod eines Gesellschafters sind Endigungsgründe, die vom Willen der Gesellschafter unabhängig sind.

Die Kündigung eines Gesellschafters oder eines Privatgläubigers und die Erhebung der Auflösungsklage sind Auflösungsgründe, die auf Grund einer einseitigen Willenserklärung wirksam werden.

Im französischen Recht ist neben anderen folgenden Einteilung üblich:¹ Normale Auflösungsgründe, wie Ablauf der Zeit, Tod eines Gesellschafters und ausserordentliche, wie Beschluss und gerichtliche Entscheidung.

Die grösste Bedeutung dürfte einer Zweiteilung zwischen unmittelbar und mittelbar wirkenden Auflösungsgründen zukommen. Mit ersteren sind jene Gründe gemeint, die eo ipso zur Auflösung führen. Die mittelbar wirkenden Auflösungsgründe sind jene, die erst durch gerichtliche Entscheidung ihre Wirkung entfalten.²

1) vgl z.B. Pic, no. 558

2) vgl. Aubry et Rau t.VI § 381

D r i t t e r A b s c h n i t t

Die unmittelbar wirkenden Auflösungsgründe

I . D i e A u f l ö s u n g d u r c h Z e i t - a b l a u f

Eine offene Handelsgesellschaft oder eine société en nom collectif tritt in das Liquidationstadium ein, wenn der Endzeitpunkt ihrer Vertragsdauer gekommen ist.¹

Das Eintreten des Endzeitpunktes ist der normale Auflösungsgrund für die auf "bestimmte Zeit" eingegangene Gesellschaft. Nur bei einer Gesellschaft mit diesem Merkmal kann der Auflösungsgrund eine Rolle spielen.

Wann liegt eine auf "bestimmte Zeit" abgeschlossene Gesellschaft vor? Diese Frage ist von grosser Bedeutung, denn eine Gesellschaft dieser Art ist wegen des regelmässig fehlenden Kündigungsrechtes in besonderem Masse in ihrem Bestande gesichert. Im Hinblick auf das Problem der Bestandssicherung bedarf es deshalb eines Eingehens auf diese Frage:

Die Einordnung ist kaum fraglich, wenn der Endtermin einer Gesellschaft kalendermässig bestimmt ist. Schwieriger wird die Entscheidung schon, wenn die Gesellschaft mit dem Eintritt eines bestimmten Ereignisses, das zeitlich nicht feststeht, liquidiert werden soll, wie zum Beispiel mit dem Ende eines Pa-

1) § 131 Nr.1 ; Art 1865 -1 C.civ

tentrechtes.

Ein zur Auflösung führendes Ereignis muss nach der Auffassung des Reichsgerichts¹ zeitlich bestimmbar sein. Der Eintritt der Tatsache muss auch gewiss sein.² Ist dies nicht der Fall, so ist eine auf unbestimmte Zeit abgeschlossene Gesellschaft anzunehmen. Ob hierzu ein Bedürfnis besteht, erscheint sehr zweifelhaft. Entscheidend ist, dass sich die Gesellschafter bis zum Eintreten des noch nicht feststehenden Ereignisses binden wollten. Das Verlangen nach einer Kündigungsmöglichkeit wird nur dann begründet sein, wenn der Eintritt des betreffenden Ereignisses ungewiss ist³.

Zu eng gefasst ist auch die Abgrenzung Schlegelbergers. Nach seiner Auffassung sind nur solche Fälle gemeint, "in denen der Zeitpunkt der Auflösung zeitlich feststeht"⁴. Sei eine Gesellschaft auf die Dauer eines Verlagsrechtes gegründet, so sei die Gesellschaft nur dann auf bestimmte Zeit eingegangen, "wenn schon während des Bestehens des Verlagsrechtes jederzeit gesagt werden" könne, "wann die Gesellschaft zeitlich endigt, weil an diesem Zeitpunkt das Verlagsrecht endigt". Die Gesellschaft sei dagegen auf unbestimmte Zeit eingegangen, wenn zwar der Wegfall gewiss, die Dauer des Verlagsrechtes aber ungewiss sei. Schlegelberger rechtfertigt diese Auslegung zu Unrecht mit dem Bedürfnis nach Vertragssicherheit. Das Interesse, eine von den Gesellschaftern gewollte Bindung wegen des Bedürfnisses nach Unternehmenser-

1) RGZ 95, 150

2) vgl. Gessler in Soz.Prax. 1938 Sp. 1176

3) vgl. Baumbach § 131 Anm. 2

4) Schlegelberger § 131 Anm. 10

haltung nach Möglichkeit für wirksam zu halten, geht dem nach Vertragssicherheit vor. Dieses Interesse verlangt aber, Gesellschaften, wenn nur möglich, als Gesellschaften auf bestimmte Zeit anzusehen.

Allein die Meinung Weiperts¹ entspricht diesen Belangen. Weipert glaubt, dass § 131 Nr.1 HGB die Dauer der Gesellschaft im Auge habe, wenn dort von "Zeit" die Rede sei. Es käme demnach nur darauf an, ob die Gesellschaft auf beschränkte Dauer abgeschlossen sei.

Die Frage stellt sich in gleicher Weise im französischen Recht. Nach Baudry-Lacantinerie et Wahl² ist eine Gesellschaft immer dann " auf bestimmte Zeit" abgeschlossen, wenn der Gesellschaft irgend ein bestimmter oder unbestimmter Termin gesetzt ist. Die einzige Ausnahme bilde ein Termin, der " tellement éloigné et incertain, qu'on ne puisse le prévoir" sei. Damit ist der Standpunkt der herrschenden Lehre getroffen. Im Gegensatz zu der in der deutschen Wissenschaft und Rechtsprechung vertretenen Auffassung nimmt sie eine Gesellschaft auf unbestimmte Zeit nur an, wenn das Ereignis neben seiner Ungewissheit auch in grosser zeitlicher Entfernung liegt. Diese Einschränkung vermeidet eine allzulange Bindung der Gesellschafter, die wegen ihrer Unberechenbarkeit unzumutbar erscheint. Auf der anderen Seite hat dieser Standpunkt eine nicht zu unterschätzende bestandserhaltende Wirkung. Eine gewisse Vertragsunsicherheit kann dafür in Kauf genommen werden.

Ein Fall der Festlegung der Gesellschaftsdauer ist hier noch zu nennen: Es werden vielfach Gesell-

1) Weipert § 131 Anm.20

2) Baudry-Lacantinerie et Wahl, no. 442

schaften auf die Lebenszeit eines Gesellschafters abgeschlossen. Für diesen Fall bestimmt § 142 HGB, dass eine Gesellschaft auf unbestimmte Zeit - eine Gesellschaft also, die jederzeit gekündigt werden kann- anzunehmen ist.

Das französische Recht kennt keine entsprechende Vorschrift. Trotzdem nimmt ein grosser Teil der Wissenschaft und Rechtsprechung¹ an, auch in diesem Falle sei eine Gesellschaft auf unbestimmte Zeit gegeben.²

I I . D i e A u f l ö s u n g d u r c h B e s c h l u s s d e r G e s e l l s c h a f t e r

Während bei der Gesellschaft auf bestimmte Zeit der "Zeitablauf der normale Auflösungsgrund ist, wird die Gesellschaft auf unbestimmte Zeit gewöhnlich durch den Beschluss der Gesellschafter aufgelöst³.

Aus der Gewöhnlichkeit dieses Auflösungsgrundes ergibt sich, dass er vom Blickpunkt der Frage der Unternehmenserhaltung wie überhaupt kaum ein bedeutsames Problem aufweist.

Die Gesellschafter können im deutschen wie im französischen Recht die Gesellschaft jederzeit durch einen an keine Form gebundenen Beschluss mit sofortiger Wirkung auflösen. Auch wenn die Gesellschaft auf bestimmte Zeit geschlossen ist, können die Gesellschafter ihre Gesellschaft vorzeitig zur Auflösung bringen⁴.

1) Cass.13.6.1917, Gaz.Pal.1917.1.482 ; 27.7. 1927, S.1927.1.286; Douai 27.3.1959, Gaz.Pal.1959.2.47 Lyon-Caen,Renault,Traité t II no.330;Thaller et Pic no.430

2) vgl. zum Problem das Kapitel "Auflösung durch Kündigung"

3) § 131 Nr.2 HGB

4) arg.art.1134 -2 C.civ.

§ 131 Nr.2 HGB spricht von einem Beschluss "der" Gesellschafter und sagt damit, dass alle Gesellschafter für die Auflösung stimmen müssen. Grundsätzlich kann aber auch ein Mehrheitsbeschluss vorgesehen werden. Die Grenze der Zulässigkeit bestimmt sich lediglich nach den §§ 134, 138 BGB¹: Die Entscheidung durch Mehrheitsbeschluss kann insoweit vorgesehen werden, als sich daraus nicht eine gegen die guten Sitten verstossende Abhängigkeit eines Gesellschafters von der Willkür der anderen ergibt². Wo die Grenze liegt, lässt sich nicht allgemein, sondern nur nach der Gesamtheit der Umstände des einzelnen Falles bestimmen. Es wird hauptsächlich darauf abzustellen sein, ob die vorgesehene Massnahme alle Gesellschafter ungefähr in derselben Weise trifft³.

Sieht ein Gesellschaftsvertrag allgemein, nämlich für sämtliche Entscheidungen, Mehrheitsbeschlüsse vor, so ist eine solche Bestimmung gleichwohl für den Auflösungsbeschluss unwirksam.

Dasselbe gilt auch im französischen Recht.

Eine weitere Frage ist, ob auch eine stillschweigende Übereinkunft oder ein konkludentes Handeln genügt. Als Fälle solcher Art kommen beispielsweise die Einstellung des Handelsgewerbes, die Veräusserung des Unternehmens an einen Dritten, ohne den Betrieb eines anderen Handelsgewerbes zu beabsichtigen, in Betracht⁴. Im deutschen Recht wird eine solche stillschweigende Übereinkunft als ausreichend angesehen⁵. Dabei kann es allerdings zu einer gewissen Unsicherheit in Bezug

1) BGH Z 8,39 ; Hueck, oHG, S.129

2) Hueck in Festschrift für Heymann S.715; Düringer-Hachenburg § 131 Anm 3

3) Hueck in Festschrift

4) BGH in WM 1958, 1106

5) RG in Recht 1936, 4470

auf den genauen Zeitpunkt und zu Beweisschwierigkeiten kommen.

Im französischen Recht bestimmt die Vorschrift des art. 61 loi de 1867, dass der auf Auflösung hinzielende Beschluss in derselben Form festzuhalten ist, wie der Gesellschaftsvertrag. Andernfalls ist der Beschluss im Hinblick auf Dritte und selbst die anderen Gesellschafter unwirksam¹. Für eine stillschweigende Übereinkunft gibt es deshalb im französischen Recht keinen Platz.

Streitig ist im deutschen Recht, ob der Beschluss auf sofortige Auflösung gehen muss, oder ob auch noch ein Beschluss unter § 131 Nr. 2 fällt, der die Auflösung zu einem bestimmten zukünftigen Zeitpunkt vorsieht. Liegt dieser Zeitpunkt noch in weiter Ferne, ist ein solcher Beschluss als Bestimmung der Zeitdauer der Gesellschaft zu werten.² Ob das eine oder das andere vorliegt, wird dann von gewisser Bedeutung sein, wenn für den Auflösungsbeschluss und den Änderungsbeschluss nach dem Gesellschaftsvertrag verschiedene Mehrheiten erforderlich sind. Die Frage ist nur für den Einzelfall durch Auslegung des Parteiverhaltens und Erforschung der Vorstellung der Gesellschafter zu lösen. Das französische Recht hat hierzu keine besonderen Grundsätze entwickelt.

1) vgl. Pic no. 561

2) RG Z 65, 267; Düringer-Hachenburg § 131 Anm. 2:
Liegt der vereinbarte Zeitpunkt in nicht allzu weiter Ferne, ist es gekünstelt, einen solchen Beschluss als Abänderung des Gesellschaftsvertrages anzusehen.

III. Die Auflösung beim Konkurs eines Gesellschafters

Die offene Handelsgesellschaft wird durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters aufgelöst¹. Dies hat seinen Grund darin, dass der in Konkurs gefallene Gesellschafter nicht mehr als geeigneter persönlich haftender Gesellschafter anzusehen ist und die Gesellschaftsgläubiger nicht mehr genügend gesichert erscheinen². In erster Linie soll aber zum Zwecke der Abwicklung des Privatkonkurses und im Interesse der Privatgläubiger die Lösung der Beteiligung des in Konkurs gefallenen Gesellschafters aus der offenen Handelsgesellschaft erfolgen.

Im Gesellschaftsvertrage kann vereinbart werden, dass die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern unter Ausschluss des in Konkurs Gefallenen fortgesetzt wird.³ Die Konkursmasse erhält in diesem Falle sein Abfindungsguthaben. Unzulässig ist dagegen die Vereinbarung, dass der Gesellschafter im Falle seines Konkurses ohne Abfindung ausscheidet. Dies würde eine grobe Benachteiligung der Gläubiger darstellen⁴ und in jedem Falle gegen die guten Sitten verstoßen⁴. Die Auflösung der Gesellschaft ist deshalb insoweit zwingend, als durch Vereinbarung der Gesellschafter die Fortsetzung mit dem in Konkurs Gefallenen nicht vorgesehen werden kann, wenigstens solange nicht, als der Konkurs noch andauert⁵. Im Falle der zulässigen Fortsetzung unter den übrigen Gesellschaftern durch Beschluss wird die stattgefundene Auflösung rückgängig gemacht⁶.

1) § 131 Z. 5 HGB

2) Weipert Anm 27 zu § 131

3) § 138 HGB

4) Weipert Anm 27 zu § 131

5) vgl § 144 HGB

6) vgl Plum S.182

Die Auflösung tritt ein, wenn der Konkurs eröffnet worden, sobald also der Eröffnungsbeschluss wirksam geworden ist. Der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit, der Überschuldung oder einer fruchtlosen Zwangsvollstreckung in das Privatvermögen eines Gesellschafters reicht im deutschen Recht nicht aus, die Auflösung der Gesellschaft zu bewirken.

Die Gesellschaft wird insbesondere auch nicht durch die Eröffnung des gerichtlichen Vergleichsverfahrens über das Vermögen eines Gesellschafters aufgelöst¹. Dies ergibt sich daraus, dass das Vergleichsverfahren den Sinn hat, den Schuldner wirtschaftlich wieder aufzurichten und ihm dadurch auch zu ermöglichen, Gesellschafter zu bleiben. Eine andere Rechtsfolge wurde sich nur dann ergeben, wenn das Gericht den Gesellschafter ermächtigt, die weitere Erfüllung des Gesellschaftsvertrages abzulehnen². Zweifelhaft ist hier, ob eine solche Erfüllungsverweigerung die Gesellschaft unmittelbar auflöst oder ob nur durch Klageerhebung die Auflösung erreicht werden kann.³ Es liegt nahe, die Auffassung zu vertreten, die Erklärung der Ablehnung der Erfüllung beinhalte eine fristlose Kündigung der Gesellschaft und damit deren Auflösung⁴. Das Reichsgericht vertrat diese Auffassung und begründete sie mit der Erwägung, dass ein Gesellschafter nicht einerseits die Erfüllung ablehnen, auf der anderen Seite aber an den Vorteilen der fortgesetzten Gesellschaft teilhaben könne. Wichtiger erscheint dagegen, dass die Mitgesellschafter und nicht nur der Vergleichsschuldner noch ein Interesse am Fortbestande der Gesellschaft haben können,

1) Weipert Anm 28 zu § 131

2) § 50 Vergleichsordnung

3) Hueck, OHG S. 221

4) so RG Z 147, 340 (343); Gessler-Hefermehl Anm 32 zu § 131 HGB

auch wenn der betreffende Gesellschafter nur einseitig an den Vorteilen der Gesellschaft teilnimmt. Die Interessen der Beteiligten fordern nicht in jedem Falle unbedingt die Auflösung der Gesellschaft. Angemessen ist bei dieser Sachlage die Zubilligung der gerichtlichen Auflösung. Die unbedingte unmittelbare Auflösung hat auch für die übrigen Gesellschafter nicht zu übersehende Nachteile: Wollen die übrigen Gesellschafter das Unternehmen übernehmen, so müssen sie das zur Abfindung des ausscheidenden Gesellschafters erforderliche Geld flüssig machen¹. Unter diesem Aspekt ist das Problem auch hinsichtlich der Unternehmenssicherung von Bedeutung, zumal die kurzfristige Auszahlung der Abfindung ein Unternehmen durchaus an den Rand des Ruins führen kann.

Die herrschende Lehre nimmt keine Auflösung, sondern lediglich eine Umgestaltung des Vertragsverhältnisses an. Die Verpflichtungen des Vergleichsschuldners fallen weg, soweit sie dem Zweck des Verfahrens entgegenstehen.

In dem dem § 131 HGB entsprechenden Katalog des Art. 1865 C.civ. ist der Konkurs eines Gesellschafters nicht als unmittelbar wirkender Auflösungsgrund genannt. Lediglich die Zahlungsunfähigkeit eines Gesellschafters ist angeführt. Es wird aber zu erwarten sein, dass auch der Konkurs als ein Mehr gegenüber der Zahlungsunfähigkeit zur Auflösung der Gesellschaft führt.

Während die Zahlungsunfähigkeit im deutschen Recht aus dem-selben Grunde wie ein gerichtliches Vergleichsverfahren nicht zur Auflösung führt, ist die französische Begründung der notwendigen Eigenschaft eines Auflösungsgrundes eine ganz andere. Der französische Gesetz-

1) §§ 140, 142 HGB

geber hatte ein anderes zu schützendes Gut im Auge. Dass die Zahlungsunfähigkeit einen unmittelbar wirkenden Auflösungsgrund darstellen müsse, wird damit begründet, dass ein zahlungsunfähiger Gesellschafter auch unfähig sei, die seinen Mitgesellschaftern durch Vertrag eingegangenen Verpflichtungen zu erfüllen¹. Im Gegensatz zum deutschen Recht ist nicht das Interesse Dritter, auf das Auseinandersetzungsguthaben greifen zu können, entscheidend - was sie erst nach der Auflösung vermögen - sondern allein die Tatsache, dass der zahlungsunfähige Gesellschafter in aller Regel nicht in der Lage ist, den Vertrag zu erfüllen.

Erstaunlich und nicht unbedingt folgerichtig ist aber, dass das französische Recht an die Zahlungsunfähigkeit die unmittelbare Auflösung knüpft. Soll die Gesellschaft lediglich mit Rücksicht auf die Interessen der Mitgesellschafter der Auflösung verfallen, so würde es genügen, diesen anheimzustellen, die gerichtliche Auflösung zu verlangen. Es wäre angemessener, die Auflösung davon abhängig zu machen, ob die übrigen Gesellschafter die Zahlungsunfähigkeit ihres Partners für so bedeutsam halten, dass ihnen die Fortführung der Gesellschaft unzumutbar erscheint.

Sicherlich ist diese starre Regelung im Hinblick auf die Unternehmenserhaltung nicht zu billigen. Auch bezüglich der Verkehrssicherheit ist die Bestimmung unzulänglich. Es ist infolgedessen nicht verwunderlich, dass in diesen Fällen fast immer das Gericht eingeschaltet wird, das den Grad der Zahlungsunfähigkeit festzustellen hat und entscheiden soll, auf welchen Zeitpunkt der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit und damit der Zeitpunkt der Auflösung fällt².

1) Pothier no. 145 ; Pic I no.588

2) Lyon-Caen, Renault et Amiaud, Traité t.II no. 322
Houpin et Bosvieux no.146 ; Cass.16.7. 1929.
Rev.Soc. 1929.335.

Auch wenn Art. 1865 C.civ. den Konkurs eines Gesellschafters bei der Aufzählung der Auflösungsgründe nicht erwähnt, stimmen Rechtsprechung und Wissenschaft darin überein, dass der Konkurs in gleicher Weise wie die Zahlungsunfähigkeit zur unmittelbaren Auflösung der Gesellschaft führt.¹

Die "liquidation judiciaire" über das Vermögen eines Gesellschafters ist ebenfalls als ein Mehr gegenüber der Zahlungsunfähigkeit anzusehen. Bei ihr liegt zwar kein vollkommener Schwund der finanziellen Kraft des betreffenden Gesellschafters vor, die Handlungsfreiheit ist aber durch das Vorhandensein eines "liquidateur judiciaire" in gleicher Weise eingeschränkt. Dieser Zustand ist den Mitgesellschaftern nicht zuzumuten. Die "liquidation judiciaire" ist deshalb hinsichtlich der Qualität als Auflösungsgrund der Zahlungsunfähigkeit gleichzustellen.²

Ein weiterer Unterschied zum deutschen Recht besteht darin, dass alle eben genannten Auflösungsgründe keinen Ordre-public-Charakter besitzen³. Sie sind also nicht zwingend.

Das Fehlen dieser Eigenschaft wird damit begründet, dass es sich bei der Zahlungsunfähigkeit - entsprechend gilt auch bei den anderen Auflösungsgründen - um eine "cause de dissolution attachée exclusivement à l'intuitus personae" handle. Allen Gründen dieser Art fehle aber der Ordre-public-Charakter⁴. Houpin et Bosvieux⁵ halten diesen Auflösungsgrund für eine Regel, die allein auf einer Willensinterpretation beruhe und nicht zwingend sei.

1) Argumentum a fortiori: Thaller et Pic no.433; Aubry et Rau t.VI § 384; Lyon-Caen, Renault et Amiaud, Traité t II no.323; Guillouard no.316

2) Aubry et Rau. a.a.O. Baudry-Lacantinerie no.427 Poitiers 6.12.1892. S.1894.2.297 a.A.Vavasseur t.1.231

3) vgl. z.B.Houpin et Bosvieux I No.273

4) Hamel-Lagarde no.482

Der Gesellschaftsvertrag kann deshalb ohne weiteres vorsehen, dass die Gesellschaft ungeachtet eines Gesellschafterkonkurses, einer Zahlungsunfähigkeit oder einer "liquidation judiciaire" mit dem verschuldeten Gesellschafter fortgesetzt wird.¹

Die Erleichterung der Fortsetzung der Gesellschaft geht sogar soweit, dass man von der Notwendigkeit einer ausdrücklichen Bestimmung über die Fortsetzung absieht und den Fortsetzungswillen im Einzelfall auch aus der Gesamtheit der Umstände entnimmt². Notwendige Bedingung hierfür ist nur, dass sich der Fortsetzungswille aus Umständen ergibt, die vor Eintritt des Auflösungsgrundes liegen³.

Erklärt sich das Fehlen des Ordre-public-Charakters auch daraus, dass diese Auflösungsgründe lediglich dem Schutze der übrigen Gesellschafter und nicht dem Dritter dienen, so könnten trotzdem Bedenken gegen die Billigkeit einer Fortsetzung mit dem verschuldeten Gesellschafter bestehen. Man könnte der Auffassung sein, das finanzielle Unvermögen des Gesellschafters sei mit der solidarischen und unbeschränkten Haftung für die eingegangenen Verpflichtungen seiner Mitgesellschafter nicht vereinbar. Diesem Einwand wird aber von der herrschenden Lehre entgegengehalten, dass die Gesellschaft auch dann der Auflösung entgehe, wenn sich die Gesellschaft selbst im Konkurs befindet, auch selbst wenn sich die Gesellschafter daraufhin alle selbst im Konkurs befinden. In diesem Falle wird die Zahlungsunfähigkeit des Gesellschafters (auch) nicht als unvereinbar mit dem Fortbestand der Ge-

1) Cass, 10.3.1885. S.1886.1.4101; Douai 22.3.1906. J.S. 1907, 73, Pic I.no.589

2) Paris 6.4.1913. J.S. 1913, 429

3) Lyon-Caen-Renault et Amiaud, Traité no.324

sellshaft angesehen. Es wäre deshalb nicht einzusehen, wenn man die Fortsetzung mit dem in Konkurs gefallenen Gesellschafter nicht zulasse¹.

Haben die Gesellschafter für die genannten Fälle keine Vereinbarung über den Ausschluss des Auflösungsgrundes getroffen und ist infolgedessen die Auflösung der Gesellschaft eingetreten, kann nach der Rechtsprechung eine Fortsetzungsvereinbarung nicht mehr getroffen werden. Die Gläubiger haben ein Recht auf Liquidation erhalten und können sich in jedem Falle auf die stattgefundene Auflösung berufen.²

Ein der Vorschrift zugrundeliegender Schutzzweck ist deshalb im französischen Recht nur in sehr beschränktem Masse anzunehmen. Es kann hier nicht die Frage sein, welche Lösung vorzuziehen ist. Für beide Rechte gilt jedenfalls, dass die unmittelbare Auflösung nicht unbedingt im Interesse der Gesellschafter oder Dritter liegt und deshalb mit einer gerichtlichen Auflösung auszukommen wäre.

I V. D i e A u f l ö s u n g b e i m K o n - k u r s d e r G e s e l l s c h a f t

Die offene Handelsgesellschaft wird auch durch die Eröffnung des Konkurses über ihr Vermögen aufgelöst³. Dies ist eine Folge davon, dass im Gegensatz zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts über das Vermögen der offenen Handelsgesellschaft der Konkurs eröffnet werden kann⁴. Alleiniger Zweck der Vorschrift

1) vgl. Hamel-Lagarde no.482

2) Req. 4.8. 1880. D.P. 81.1.464 ; Poitiers 26.12.1892 D.P. 94.2.73

3) § 131 Nr.3 HGB

4) §§ 72, 209 KO

ist, die Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger zu gewährleisten. Diese Schutzfunktion gibt der Bestimmung zwingenden Charakter¹. Die Auflösung der Gesellschaft kann durch die Gesellschafter weder durch den Gesellschaftsvertrag noch durch eine spätere Vereinbarung oder eine Beschlussfassung nach Eröffnung des Konkurses ausgeschlossen werden.

Konkursgrund ist im Gegensatz zu den Kapitalgesellschaften nur die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft. Deren Überschuldung reicht nicht aus.² Auch die Zahlungsunfähigkeit einzelner oder aller Gesellschafter genügt nicht³. Die Eröffnung des gerichtlichen Vergleichsverfahrens steht der Konkurseröffnung nicht gleich, da dieses Verfahren seinem Zweck nach gerade dazu bestimmt ist, die Gesellschaft zu erhalten.⁴

Nach der Erklärung, dass der Gesellschaftskonkurs wegen des Interesses der Gläubiger an einer Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen notwendig zur Auflösung der Gesellschaft führen muss, mag es verwundern, dass in den entsprechenden Bestimmungen des französischen Rechts der Konkurs der Gesellschaft oder deren Zahlungsunfähigkeit nicht als Auflösungsgrund genannt ist.

Gleichwohl wurde hauptsächlich in der Literatur⁵ lange Zeit die Auffassung vertreten, nicht nur der Gesellschaftskonkurs, sondern auch der Konkurs der Ge-

1) vgl. Weipert § 131 Anm 23.; einhellige Meinung!

2) § 209 I 2 KO

3) RG in LZ 16, 308

4) Die übrigen den Konkurs der Gesellschaft betreffenden Einzelheiten sind für das vorliegende Thema ohne Bedeutung.

5) Duranton XVII, 474; Troplong II, 937; Amiens 30.1. 1867. D. 1869.1.98

sellschaft selbst, löse diese unmittelbar auf. Diese Auffassung ging davon aus, dass beim Vorliegen eines Gesellschaftskonkurses der Auflösungsgrund der "extinction de la chose" anzunehmen sei.¹ Die "extinction de la chose" bestehe in der "Absorption der Aktiven durch die Passiven".

Die moderne Wissenschaft hat diesen Standpunkt aufgegeben. Sie glaubt, es könne nicht entscheidend sein, dass die Verbindlichkeiten die Aktivseite überwiegen; massgebend sei allein, dass die Gesellschaft noch Vermögen besitze. Dies sei aber in aller Regel trotz der Konkursöffnung über ihr Vermögen der Fall.

Nach heute einhelliger Meinung ist der Konkurs der Gesellschaft kein unmittelbar wirkender Auflösungsgrund. Eine Auflösung durch Konkursöffnung ist lediglich beim Schwund aller Güter möglich, dann aber nicht wegen Konkurses, sondern wegen Vorliegens des Auflösungsgrundes der "extinction de la chose".² Im übrigen kann der Konkurs einen wichtigen Grund zur gerichtlichen Auflösung bilden.

Die entscheidende Überlegung, die es erlaubt, den Gesellschaftskonkurs nicht als Auflösungsgrund anzusehen, ist diese:

Im Gegensatz zum Konkurs eines Gesellschafters bricht der Gesellschaftskonkurs nicht die Gleichheit der Gesellschafter. Die Stellung der Partner zueinander ist nicht beeinträchtigt. Alle Gesellschafter stehen sich gleich gegenüber. Dagegen kann der in Konkurs gefallene Gesellschafter im Gegensatz zu seinen Partnern die Vertragspflichten den anderen gegenüber

1) vgl. Thaller et Percerou no.434 ; Lyon-Caen, Renault

Traité T.II no 325 ; Percerou, Faillites t.II no.1644

2) so Rép. Fuzier-Herman no 481 ;

nicht mehr erfüllen.

Ein weiteres Argument für die Fortdauer der werbenden Gesellschaft ist, dass der einzelne Gesellschafter überhaupt kein Interesse an der Auflösung der Gesellschaft haben könne. Da der Anteil jedes Gesellschafters durch den Konkurs betroffen sei, habe jeder Gesellschafter ein besonderes Interesse daran, zu einem Vergleich zu gelangen und dadurch das Wiederaufleben des Unternehmens zu erreichen¹. Das Erreichen eines Vergleiches und damit der Wiederaufschwung des Unternehmens sei das Hauptziel des Konkursverfahrens über das Vermögen einer Gesellschaft.² Nach dem Willen des Gesetzgebers könne deshalb der Konkurs der Gesellschaft nicht zu deren unmittelbaren Auflösung führen.³

In dieser Frage gehen die beiden Rechte erheblich auseinander. Das deutsche Recht löst die Gesellschaft in jedem Falle auf. Die Gesellschafter haben lediglich die Möglichkeit, die Gesellschaft nach Einstellung des Konkursverfahrens fortzusetzen. Auf den ersten Blick mag es den Anschein haben, als sei damit besonders auch im Hinblick auf die Unternehmenssicherung in etwa das gleiche Ergebnis wie im französischen Recht erzielt. Dies ist aber schon deshalb nicht der Fall, weil zu der Fortsetzung nach einem eingetretenen Auflösungsgrund in aller Regel eine einstimmige Beschlussfassung unumgänglich ist. Sehr leicht kann eine Fortführung des Unternehmens durch den Widerspruch eines einzelnen Gesellschafters vereitelt werden. Im französischen Recht ist dies nicht ohne weiteres möglich, der auflösungswillige Gesellschafter hat Klage

1) Paris 11.4. 1913 , J.S. 1913,429 ; Duquesnoy S. 165 f.

2) vgl. Art. 531 C.com.

3) Houpin et Bosvieux ,no. 271 ; Cass.31.5.1932, J.S. 1934.66.

zu erheben. Demnach ist die Vermutung der Lebenswürdigkeit gerade umgekehrt als im deutschen Recht.

Die französische Lösung ist in viel höherem Masse unternehmenserhaltend. Dieser Gesichtspunkt kann aber für die Frage, welche Regelung vorzuziehen ist, nicht allein entscheiden sein. Es fragt sich, ob auch den Interessen der Gesellschafter und vor allem der Gläubiger in ausreichendem Masse Rechnung getragen ist.

Die Gesellschafter selbst haben nicht in jedem Falle ein unbedingtes Interesse an der Auflösung der Gesellschaft. Bei Eindeutigkeit, dass eine Fortführung sinnlos ist, genügt die Möglichkeit der auf Auflösung gerichteten Beschlussfassung. Bei Zweifelhafteit ist mit der gerichtlichen Auflösung auszukommen.

Die Gläubiger sind in der-selben Lage. In vielen Fällen liegt die Fortsetzung der Gesellschaft auch in ihrem Interesse, zumal sich der Konkurs der Gesellschaft auch ohne deren Auflösung durchführen lässt.

Dem Gesellschaftskonkurs könnte demnach auch im deutschen Recht die Eigenschaft des Auflösungsgrundes genommen werden.

V. Die Auflösung durch den Tod eines Gesellschafters

1. Die grundsätzliche Regelung

Der Tod eines Gesellschafters löst im deutschen wie im französischen Recht die Gesellschaft auf, es sei denn, die Gesellschafter haben eine andere Regelung getroffen¹. Der Grund dafür ist in dem Charakter dieser Gesellschaften als Personalgesellschaften zu sehen,

1) § 131 Nr.4 HGB ; Art. 1865 - 3 C.civ.
vgl. auch Art 123 Nr.2 ADHGB

die grundsätzlich vom Bestande ihrer Mitglieder abhängig sind.

"Les qualités de chacun des associés entrent en considération dans le contrat de société. Je ne dois donc pas être obligé, lorsque l'un de mes associés est mort, de demeurer en société."¹ Diese Meinung Pothiers teilen die Gesetzgeber beider Länder. Obwohl eine Auflösung beim Tode eines Gesellschafters am ehesten dem Charakter einer Personalgesellschaft entspricht, wird es als zweifelhaft angesehen, ob eine solche Regelung den wirklichen Interessen der Gesellschafter entspricht.² Die Auflösung beim Tode eines Gesellschafters missachtet in vielen Fällen die wirtschaftlichen Interessen der überlebenden Gesellschafter am Fortbestande des Unternehmens. Darüber hinaus lässt diese gesetzliche Normalregelung aber auch das Interesse der Volkswirtschaft, Unternehmen vor wirtschaftlich nicht notwendigen Auflösungen zu schützen, unberücksichtigt.

Die Gesetzgeber haben diese Gefahrenlage erkannt und eröffneten deshalb die Möglichkeit, die Gesellschaft mit den Erben des verstorbenen Gesellschafters oder unter den Überlebenden fortzusetzen³.

Die grundsätzliche Regelung in beiden Rechten stimmt überein. Gleichwohl ergibt sich in mehreren Einzelfragen eine unterschiedliche Rechtslage.

1) Pothier, no. 146

2) Escarra, Cours no. 644; Ripert, no. 827; Hueck, OHG, S. 249

3) vgl. § 139 HGB und Art. 1868 C. civ. Damit wird mit einer langen Tradition gebrochen. Im römischen und im gemeinen Recht wurde die Gesellschaft durch den Tod eines Gesellschafters in jedem Falle aufgelöst. Wenn auch die römisch-rechtliche Auffassung überwunden ist, wird die heutige Regelung noch stark vom römisch-rechtlichen Denken beherrscht. (vgl. auch Steiner a.a.O. S. 123)

Der hauptsächlichliche Grund dafür ist ein zunächst als bedeutungslos erscheinender Unterschied in der gesetzlichen Regelung: Das deutsche Handelsgesetzbuch gibt den Erben das Recht, ihr Verbleiben in der Gesellschaft von der Einräumung der Kommanditistenstellung abhängig zu machen¹. Nehmen die übrigen Gesellschafter einen dahingehenden Antrag eines Erben nicht an, kann dieser ohne weiteres aus der Gesellschaft ausscheiden. Dagegen sah der französische Gesetzgeber diese Möglichkeit nicht vor. Haben die Gesellschafter eine solche Regelung nicht vertraglich festgelegt, kann dies besonders, wenn minderjährige Erben vorhanden sind, unbillige Ergebnisse zur Folge haben.

2. Die Fortführung der Gesellschaft mit den Erben des verstorbenen Gesellschafters

Die vertraglich vereinbarte Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben eines Gesellschafters stellt für diese eine Verpflichtung zum Eintritt in die Gesellschaft dar.²

Im französischen Recht können sich die Erben dieser Verpflichtung nur dadurch entledigen, dass sie die gesamte Erbschaft ausschlagen. Eine Mittellösung, wie sie das deutsche Recht kennt, nämlich, dass die Erben die Einräumung der Kommanditistenstellung verlangen können, sieht der französische Gesetzgeber nicht vor. Will der Erbe nicht auf die ganze Erbschaft verzichten, muss er unter allen Umständen associé en nom werden. Im deutschen Recht kann er ohne Verlust der Erbschaft ablehnen, offener Handelsgesellschafter zu werden.

Damit ist der Problemkreis von Gesellschaftsvertrag und Erbrecht angeschnitten. Obwohl diese Probleme

1) § 139 HGB

2) Baudry-Lacantinerie et Wahl, no. 389; Guillouard, no. 301; a.A. Aubry et Rau, t.VI § 384

me in beiden Rechten von erheblicher Bedeutung sind, kann nicht auf den gesamten Fragenkreis dieser Kollision eingegangen werden. Es sollen nur solche Probleme behandelt werden, die für die Frage der Auflösung und Unternehmenserhaltung von Bedeutung sind.

Beispielsweise ist es wichtig, ob Abfindungsansprüche gegen die Gesellschaft geltend gemacht werden können. Auch die Frage, ob die Fortsetzung mit einzelnen Erben unter Ausschluss der anderen vorgesehen werden kann, oder ob die Gesellschaft wegen der Nichtigkeit einer solchen Klausel der Auflösung zu verfallen hat, bedarf der Erörterung.

Kann der Gesellschaftsvertrag die Fortsetzung der Gesellschaft mit einem oder mehreren Erben unter Ausschluss der übrigen vorsehen ?

Von der deutschen Wissenschaft und Rechtsprechung sind hiergegen kaum Bedenken erhoben worden.¹ Während sich die deutsche Wissenschaft für diesen Fall nur bezüglich der Abfindung Gedanken macht, streitet man im französischen Recht darüber, ob die Klausel überhaupt zulässig ist.

Die Ausdrucksweise des Gesetzgebers, nämlich "son héritier"² gab zu der Auffassung Anlass, nur die Gesamtheit der Erben könne dem verstorbenen Gesellschafter in die Gesellschaft folgen. Eine andere Meinung hält die Klausel für einen nach Art. 1130 C.civ. unzulässigen "pacte sur succession future".³ Ein Arrêt der Cour d'appel von Paris vom 17. Dezember 1935⁴ regte zu einer heftigen Diskussion in den

1) vgl. BGH in NJW 1957, 180, Kipp-Coing, S. 401 und Lamers passim

2) Art. 1868 C.civ.

3) Rouen 15.12.1922, S. 1928.1.33; Capitant, Anm. zu Paris 17.12.1935, D. 1936.2.85, sieht Art 1868 C.civ. als Ausnahmebestimmung an und erklärt die Klausel für gültig.

4) D. 1936.2.85

Wissenschaft an¹. Das Gericht hatte entschieden, die Vereinbarung sei wirksam, da sie durch Art. 1868 C.civ. gedeckt sei. Das Gesetz habe ausdrücklich die Fortsetzung nach dem Tode eines Gesellschafters "avec son héritier" im Auge. Die Begründung der Zulässigkeit der Klausel mit dem Wortlaut des Gesetzes wird von der Literatur als schwach angesehen.² Die Wissenschaft wendet allgemein ein, dass der Gesetzgeber "l'un des héritiers" gesagt hätte, wenn er die Fortsetzung mit einem Erben zulassen wollte. Sie vertritt deshalb den Standpunkt, "diese diskriminierende Klausel" treffe die Nichtigkeit der pactes sur succession future³.

Ripert⁴ versucht die Klausel zu retten. Er nimmt an, der Erbe erhalte sein Recht nicht "jure hereditario" sondern auf Grund einer "stipulation pour autrui" des verstorbenen Gesellschafters. Der hauptsächlichste Nachteil einer solchen Auslegung, nämlich, dass der Begünstigte leben müsste oder doch schon empfangen sein müsste, könnte noch hingenommen werden. Es besteht jedoch ein dogmatisch unüberwindliches Hindernis: Wesentliche Voraussetzung jeder "stipulation pour autrui" ist, dass dem Dritten ein unmittelbares Recht gegen den Versprechenden eingeräumt wird, dessen Objekt keinen Vermögensgegenstand des Versprechenden bilden darf - während doch der Anteil des Verstorbenen am Gesellschaftsvermögen sein Vermögen nicht verlassen hat.⁵

Für die Zulassung der Klausel sprechen aber unabweisbare praktische Überlegungen. So meint Ripert⁶, auch wenn die Klausel gewisse Unbilligkeiten in Bezug

1) Neuburger S. 1936.2.105; Capitant a.a.O.

2) Hamel-Lagarde no. 481 ; Julliot de la Morandière no.

3) insbesondere Sugnot, R.D.C. 1957, 15 405

4) Ripert, Rev.gen. 1938, 7 ff

5) Hamel-Lagarde no. 481; Julliot de la Morandière no. 405.

6) Ripert I. no. 831

me in beiden Rechten von erheblicher Bedeutung sind, kann nicht auf den gesamten Fragenkreis dieser Kollision eingegangen werden. Es sollen nur solche Probleme behandelt werden, die für die Frage der Auflösung und Unternehmenserhaltung von Bedeutung sind.

Beispielsweise ist es wichtig, ob Abfindungsansprüche gegen die Gesellschaft geltend gemacht werden können. Auch die Frage, ob die Fortsetzung mit einzelnen Erben unter Ausschluss der anderen vorgesehen werden kann, oder ob die Gesellschaft wegen der Nichtigkeit einer solchen Klausel der Auflösung zu verfallen hat, bedarf der Erörterung.

Kann der Gesellschaftsvertrag die Fortsetzung der Gesellschaft mit einem oder mehreren Erben unter Ausschluss der übrigen vorsehen ?

Von der deutschen Wissenschaft und Rechtsprechung sind hiergegen kaum Bedenken erhoben worden.¹ Während sich die deutsche Wissenschaft für diesen Fall nur bezüglich der Abfindung Gedanken macht, streitet man im französischen Recht darüber, ob die Klausel überhaupt zulässig ist.

Die Ausdrucksweise des Gesetzgebers, nämlich "son héritier"² gab zu der Auffassung Anlass, nur die Gesamtheit der Erben könne dem verstorbenen Gesellschafter in die Gesellschaft folgen. Eine andere Meinung hält die Klausel für einen nach Art. 1130 C.civ. unzulässigen "pacte sur succession future".³ Ein Arrêt der Cour d'appel von Paris vom 17. Dezember 1935⁴ regte zu einer heftigen Diskussion in den

1) vgl. BGH in NJW 1957, 180, Kipp-Coing, S. 401 und Lamers passim

2) Art. 1868 C.civ.

3) Rouen 15.12.1922, S. 1928.1.33; Capitaint, Anm. zu Paris 17.12.1935, D. 1936.2.85, sieht Art 1868 C.civ. als Ausnahmebestimmung an und erklärt die Klausel für gültig.

4) D. 1936.2.85

Wissenschaft an¹. Das Gericht hatte entschieden, die Vereinbarung sei wirksam, da sie durch Art. 1868 C.civ. gedeckt sei. Das Gesetz habe ausdrücklich die Fortsetzung nach dem Tode eines Gesellschafters " avec son héritier" im Auge. Die Begründung der Zulässigkeit der Klausel mit dem Wortlaut des Gesetzes wird von der Literatur als schwach angesehen.² Die Wissenschaft wendet allgemein ein, dass der Gesetzgeber " l'un des héritiers" gesagt hätte, wenn er die Fortsetzung mit einem Erben zulassen wollte. Sie vertritt deshalb den Standpunkt, " diese diskriminierende Klausel " treffe die Nichtigkeit der pactes sur succession future³.

Ripert⁴ versucht die Klausel zu retten. Er nimmt an, der Erbe erhalte sein Recht nicht " jure hereditario " sondern auf Grund einer " stipulation pour autrui " des verstorbenen Gesellschafters. Der hauptsächlichste Nachteil einer solchen Auslegung, nämlich, dass der Begünstigte leben müsste oder doch schon empfangen sein müsste, könnte noch hingenommen werden. Es besteht jedoch ein dogmatisch unüberwindliches Hindernis: Wesentliche Voraussetzung jeder " stipulation pour autrui " ist, dass dem Dritten ein unmittelbares Recht gegen den Versprechenden eingeräumt wird, dessen Objekt keinen Vermögensgegenstand des Versprechenden bilden darf - während doch der Anteil des Verstorbenen am Gesellschaftsvermögen sein Vermögen nicht verlassen hat.⁵

Für die Zulassung der Klausel sprechen aber unabweisbare praktische Überlegungen. So meint Ripert⁶, auch wenn die Klausel gewisse Unbilligkeiten in Bezug

1) Neuburger S. 1936.2.105; Capitant a.a.O.

2) Hamel-Lagarde no. 481 ; Julliot de la Morandière no.

3) insbesondere Sugnot, R.D.C. 1957, 15 405

4) Ripert, Rev.gen. 1938, 7 ff

5) Hamel-Lagarde no. 481; Julliot de la Morandière no. 405.

6) Ripert I. no. 831

auf das Erbrecht auslöse, biete sie doch den grossen Vorteil, den persönlichen Charakter der Gesellschaft zu bewahren, in-dem sie die Möglichkeit biete, unerwünschte Erben auszuschliessen. (Intuitus personae) Es sei auch zu berücksichtigen, dass die neuere Entwicklung des Erbrechtes mehr und mehr der "égalité en valeur" gegenüber der "égalité en nature" die ausschlaggebende Bedeutung geben wolle.

Diese Überlegungen mögen die neueste Rechtsprechung dazu bewogen haben, die Klausel als gültige "stipulation pour autrui" anzusehen und zuzulassen¹. Damit ist insoweit ein Rechtszustand erreicht, der im wesentlichen mit dem deutschen übereinstimmt

Ein wichtiges Problem im Hinblick auf die Unternehmenserhaltung ist in diesem Zusammenhang, ob die übrigen Miterben, die nicht zum Eintritt in die Gesellschaft berufen sind, Abfindungsansprüche gegen die Gesellschaft selbst oder nur gegen den Gesellschaftsmiterben haben. Würden Ansprüche gegen die Gesellschaft bestehen, so könnte dadurch, besonders bei mehreren ausgeschlossenen Erben, eine für den Bestand des Unternehmens gefährliche Situation entstehen: In aller Regel muss die Abfindung, die in diesem Falle fast den gesamten Anteil des verstorbenen Gesellschafters ausmacht, in kurzer Frist ausgezahlt werden.

Das Reichsgericht² bejahte das Bestehen von Ansprüchen gegen die Gesellschaft. Im Falle der Nachfolgeklausel für nur einen Miterben beschränke sich "das Erbrecht der anderen Miterben auf die sich aus § 738 BGB ergebenden Abfindungsansprüche", wenn der Gesellschaftsvertrag nicht die Geltendmachung der Ansprüche

1) Ch.réun.28.4.1961.D.1961.697;note Besson J.C.P. 61. 1. 2335. note Bastian S.1961. 170 ;note Anteserre, J.S. 1961.257 ;Cordonnier Rev.Soc. 1961.138. Sugnot, R.Dc 1957.15

2) RG in DR 1943, 1224

ausschliesse¹.

Hiergegen könnte man allerdings einwenden, § 738 I, 2 BGB setze den Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters voraus. Ein solcher Fall sei aber nicht gegeben, wenn an die Stelle des Erblassers als Gesellschafter ein oder mehrere Erben treten.² § 738 BGB sei deshalb bei der Nachfolgeklausel überhaupt nicht anzuwenden. Daher gebe es weder Anwachsung noch Abfindungsanspruch gegen die Gesellschaft, sondern allein eine Sondernachfolge des Gesellschaftererben in den Gesellschaftsanteil des Erblassers.

Weiterhin ist wichtig, dass nach der herrschenden Lehre der Gesellschaftermiterbe grundsätzlich nur einen seinem Erbteil entsprechenden Bruchteil des Anteils des Erblassers erhält. Nur wenn nach dem Gesellschaftsvertrag die übrigen Miterben keinen Abfindungsanspruch erwerben sollen, erhält der Gesellschaftermiterbe den ganzen Anteil des Erblassers³

Die Miterben haben deshalb bei fehlender Vereinbarung einen Anspruch gegen die Gesellschaft selbst.

Bezüglich des Anspruches der übrigen Miterben gegen den Gesellschaftermiterben ist der Bundesgerichtshof der Auffassung, beim Ausschluss eines "Abschichtungsanspruches" gegen die offene Handelsgesellschaft durch den Gesellschaftsvertrag treffe den Gesellschaftermiterben im Verhältnis zu seinen Miterben eine entsprechende Ausgleichspflicht. Indessen erscheint sehr fraglich, ob eine Ausgleichspflicht besteht.

-
- 1) RG a.a.O. ebenso BGH Z 22, 186 (190); Siebert BB 1957, 19; Siebert, NJW 1955, 811; Ljebisch, ZfHR 116, 149 Hueck, OHG. S. 301
 - 2) Zunft in NJW 1957. 1132; Siebert, a.a.O.
 - 3) BGH Z 22, 190; Hueck JZ 1957, 223
 - 4) BGH Z 22, 197; so auch Hueck a.a.O.; Reinicke NJW 1957, 563

Eine Norm für die Anrechnung lässt sich nicht finden¹.

Welche Gefahr die Auffassung der herrschenden Lehre darüber hinaus für den Bestand des Unternehmens ist, zeigt sich an folgender Überlegung: Es besteht die Möglichkeit, dass die übrigen Miterben auf Grund Zahlungsurteils gegen den Gesellschaftermiterben dessen Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben pfänden und überweisen lassen und dann nach § 135 HGB die Gesellschaft vorzeitig kündigen².

Lässt sich keine Norm finden, die eine Anrechnung vorschreibt, ist das Problem nur durch eine Willensinterpretation zu lösen. Im allgemeinen dürfte es aber auch "mehr dem Willen des vollkaufmännischen Erblassers entsprechen", dass "der Gesellschaftermiterbe ebenso wie bei der Zuwendung eines grösseren Erbanteils den ganzen Gesellschaftsanteil und ausserdem den im Testament vorgesehenen Erbanteil erhält"³. Im Zweifel sollte deshalb keine Anrechnung erfolgen.

Diese Auffassung stimmt insoweit mit dem Standpunkt der französischen Wissenschaft überein, als diese bei fehlender Stellungnahme des Gesetzgebers eine Willensinterpretation vornimmt und sagt, es könne nicht im Willen der Parteien gelegen haben, Ansprüche gegen die Gesellschaft zuzulassen.⁴ Die gegenteilige Auffassung hätte zur Folge, dass eine partielle Liquidation durchgeführt werden müsste. Das Einverständnis damit könne aber den Parteien nicht ohne weiteres

1) vgl. Zunft, NJW 1957, 1133; Kipp-Coing, S. 404, stützen die Verpflichtung zum Ausgleich auf den Grundsatz von Treu und Glauben. Sie räumen aber ein, dass die Lösung hinsichtlich der Stellung der "weichenden" Erben, der Pflichtteilsberechtigten und der Nachlassgläubiger unbefriedigend ist.

2) vgl. Reinicke, NJW 1957, 563

3) so Zunft a. a. O. S. 1133

4) vgl. z. B. Baudry-Lacantinerie et Wahl, no. 390

unterstellt werden.

Allgemein wird dagegen die Verpflichtung des Gesellschaftermiterben zur Abfindung seiner Miterben angenommen, es sei denn, der Erblasser habe etwas anderes vorgesehen.¹ Das unbillige Ergebnis, dass die übrigen Erben bei Zahlungsunfähigkeit des Gesellschaftermiterben die Gesellschaft kündigen können, tritt im französischen Recht nicht ein, da ihm ein Kündigungsrecht der Gläubiger unbekannt ist².

Ergebnis ist, dass im deutschen Recht die Gesellschaft selbst zur Abfindung verpflichtet ist, im französischen Recht hingegen die Miterben einen Anspruch gegen den Gesellschaftermiterben haben. In rechtspolitischer Hinsicht dürfte die französische Lösung vorzuziehen sein, da die Gesellschaft auf diese Weise vor einem gefährlichen Kapitalschwund bewahrt wird.

Im französischen Recht bietet die Fortsetzung mit Minderjährigen besondere Schwierigkeiten, zumal der Code Civil den in die Gesellschaft berufenen Erben nicht die Möglichkeit einräumt, die Stellung eines Kommanditisten zu verlangen. Besonders ratsam ist es deshalb, diese Möglichkeit vertraglich vorzusehen. Aus folgendem Grunde erscheint dies beinahe unumgänglich. Nach Art. 2 C.com. kann ein Minderjähriger nicht Kaufmann sein. Es wird deshalb allgemein die Meinung vertreten, ein Minderjähriger könne auch nicht associé en nom sein³. Ein Autor glaubt sogar, die Gesellschaft sei aufgelöst, wenn alle Erben minderjährig seien.⁴ Die Gesellschaft werde lediglich mit den nicht

1) Houpin et Bosvieux I. no.133; Baudry-Lacantinerie et Wahl. no.390

2) vgl. unten S.

3) Req. 2.3.1885 S. 1885.1.362

4) Banomyong S.44 f.

Minderjährigen fortgesetzt, wenn unter den Erben solche seien.

Gegenüber dieser unbilligen Auffassung verdient die Meinung der Rechtsprechung den Vorzug, auch wenn sie dogmatisch äusserst bedenklich ist. Nach dieser Auffassung kann auch ein Minderjähriger in eine *société en nom collectif* eintreten, aber nur " *sous bénéfice d'inventaire* " ¹. Der Minderjährige haftet nur *intra vires successionis* ².

Die dogmatische Ungereimtheit besteht darin, dass die *société en nom collectif* tatsächlich in eine *société en commandite simple* umgewandelt wird, und zwar trotz Schweigen des Vertrages und dazu noch gegen den erklärten Willen des Gesetzes, nach dem die Erben für die nach dem Tode des verstorbenen Gesellschafters entstehenden Schulden der Gesellschaft persönlich und unbeschränkt haften sollen. ³ Obwohl der Minderjährige nicht unbeschränkt haftet, wird die Gesellschaft vom Zeitpunkt seines Eintritts nicht als *société en commandite simple* angesehen. Die Minderjährigen werden einerseits als *associés en nom* angesehen, auf der anderen Seite gelten sie nicht einmal als Kaufleute. Wenn Hamel- Lagarde ⁴ von einer " *audacieuse ingéniosité* " sprechen, ist diese Feststellung keinesfalls übertrieben.

Mag auch die dogmatische Begründung bedenklich sein, so ist die Zulassung der Minderjährigen in rechtspolitischer Hinsicht sicherlich zu billigen. Jedenfalls ist sie einer Auflösung der Gesellschaft

1) vgl. Art. 793, 802 C.civ.

2) Paris, 17.12. 1935, J.C.P. 1936.2.89 ; Req.23.10.06 D.1907.1.43; S.1908.1.177 note Hémard.

3) vgl. Thaller et Pic no.605; Baudry-Lacantinerie et Wahl. no.399

4) Hamel- Lagarde no. 481

vorzuziehen. Den Mitgesellschaftern wird insbesondere auch kein zur Geschäftsführung berechtigter Vertreter des Minderjährigen aufgedrängt - ein Zustand, der der französischen Auffassung von der Bedeutung des "Intuitus-personae"-Charakters der société en nom collectif widersprechen würde.

Ein weiterer Vorteil ist, dass dem Minderjährigen nicht wie im deutschen Recht die Einräumung der Kommanditistenstellung durch die Mitgesellschafter abgeschlagen werden kann.

3. Die Fortführung der Gesellschaft unter den überlebenden Gesellschaftern

Die Wirksamkeit einer Vereinbarung, die beim Tode eines Gesellschafters die Fortsetzung der Gesellschaft unter Ausschluss der Erben vorsieht, unterliegt keinen Bedenken. Sie ergibt sich aus § 138 HGB, beziehungsweise aus Art. 1868 C.civ.

Der Anteil des verstorbenen Gesellschafters wächst den überlebenden Gesellschaftern zu. Diese sind aber verpflichtet, den Erben dasjenige herauszugeben, das der Verstorbene bei einer Auseinandersetzung erhalten hätte. Bezüglich der Bestandssicherung ist zu bemerken, dass es durchaus auch möglich ist, vertraglich zu bestimmen, dass die Erben keine Abfindung erhalten sollen. Diese Rechtslage herrscht im deutschen wie im französischen Recht. In Frankreich wird in der Regel die Vereinbarung getroffen, dass die Erben in Höhe des Gesellschaftsanteils des Verstorbenen berechtigt sein sollen. In diesem Falle wird die Gesellschaft fiktiv liquidiert¹.

1) Ripert I. no. 827; Trasbot J.S. 1929. 129

4. Die Fortsetzungsvereinbarung

In vielen Fällen wird es infolge mangelnder Voraussicht unterlassen, für den Fall des Todes eines Gesellschafters ausdrücklich die Fortsetzung der Gesellschaft im Gesellschaftsvertrag oder durch spätere Vereinbarung festzulegen. Den Gesellschaftern ist es sehr oft gar nicht bewusst, dass beim Tode eines von ihnen die Gesellschaft und damit mit grosser Wahrscheinlichkeit auch ihr Unternehmen der Auflösung verfallen wird.

Es stellt sich das bedeutsame Problem, ob die allgemein erwünschte Fortsetzung der Gesellschaft am Fehlen einer Vertragsbestimmung scheitern muss oder ob auch aus der Gesamtheit der Umstände auf einen Fortsetzungswillen geschlossen werden kann. Genügt dies für die Annahme einer "Fortsetzungsvereinbarung"?

Die Bestimmung des § 138 HGB verlangt eine Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag: "Ist im Gesellschaftsvertrag bestimmt, dass, wenn ein Gesellschafter ... stirbt, ... die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen soll ..."

Der Code Civil behandelt die Frage in derselben Weise: "S'il a été stipulé qu'en cas de mort de l'un des associés ..." ¹

Für das deutsche Recht gilt, dass die Bestimmung der Fortsetzung nicht ausdrücklich getroffen zu sein braucht. Der Fortsetzungswille kann sich auch durch Auslegung aus dem gesamten Inhalt des Vertrages ergeben ². Eine solche stillschweigende Vereinbarung kann beispielsweise in folgendem Fall angenommen wer-

1) Art. 1868 C.civ.

2) Düringer-Hachenburg, § 139 Anm. 3; Weipert, § 139 Anm. 2

den. Ein betagter Einzelkaufmann, dessen Sohn noch minderjährig ist, aber schon im Betrieb lernt, nimmt seinen Prokuristen auf und schliesst mit ihm einen Gesellschaftsvertrag auf die Dauer von 30 Jahren ab.¹ Hier ergibt sich aus dem Vertrag selbst, dass der Tod dieses bejahrten Gesellschafters die Gesellschaft nicht auflösen soll.

Auch im französischen Recht steht man auf dem Standpunkt, eine ausdrückliche Klausel sei nicht erforderlich.² Es sei die Aufgabe sachrichterlicher Entscheidung, den Parteiwällen zu erforschen und von Fall zu Fall unter Berücksichtigung aller Umstände zu entscheiden, ob der Tod eines Gesellschafters die Auflösung der Gesellschaft zur Folge habe.³

Eine Fortsetzungsvereinbarung kann sich auch aus der Natur, dem Objekt oder dem Zweck der Gesellschaft ergeben, ohne dass sich die Gesellschafter jemals über eine Fortsetzung nach dem Tode eines von ihnen geäußert haben.⁴

Auf diese Weise besteht eine Gesellschaft, deren Dauer durch das Ausführen bestimmter Arbeiten bestimmt ist und die nur nach der Beendigung dieser Arbeiten einen Gewinn erzielen kann, trotz des Todes eines Gesellschafters und ohne einen Anhaltspunkt im Gesellschaftsvertrag fort.⁵

Die Cour de cassation entschied⁶ bezüglich einer auf bestimmte Zeit abgeschlossenen Gesellschaft, der

1) Schlegelberger, § 139 Anm. 2

2) Jeandel, S. 93

3) so z.B. Guillaouard, no. 297; Houpin et Bosvieux, no. 133

4) Hémard, Anm. zu Req. 23.10.1906, S. 1908.1.177, ebenso Thaller et Pic, I, no. 607; Jeandel, S. 93; Pic, no. 600 Cass. 5.11.1934, S. 1935.1.176, Anm. Lescot

5) Jeandel, S. 84 f.

6) Cass. 23.10.1906, S. 1908.1.177

Tod eines Gesellschafters habe die Gesellschaft nicht aufgelöst., auch wenn der Gesellschaftsvertrag keine Bestimmung enthalte, dass die Gesellschaft unter den Überlebenden fortgesetzt werden solle. Der Kassationsgerichtshof führt zur Begründung seiner Entscheidung aus: Es gäbe Gesellschaften, die hauptsächlich im Hinblick auf ihr Objekt geschlossen seien. Eine solche Gesellschaft sei wohl auch intuitu personae geschlossen, daneben sei sie aber auch in besonderem Masse i n t u - i t u r e i geschlossen. Verdränge der intuitus rei den intuitus personae, so löse sich die Gesellschaft beim Tode eines Gesellschafters nicht auf.

Die Rechtsprechung und die Wissenschaft erkennen besonders an, dass beispielsweise eine Bergwerksgesellschaft durch den Tod eines Gesellschafters nicht aufgelöst wird.¹ Ihre Konzession sei im öffentlichen Interesse erteilt worden, und diese Tatsache verlange, dass ein solches Unternehmen solange weitergeführt werde, wie es nur möglich sei. Hémard will diesen Grundsatz auf alle Gesellschaften, die ihr Gewerbe auf Grund einer Konzession betreiben, ausdehnen.² Den Gesellschaftern sei der Wille zu unterstellen, ihr Unternehmen mindestens so lange weiterzuführen, wie die Konzession bestehe. Eine Auflösung beim Tode eines Gesellschafters komme jedenfalls immer dann nicht in Betracht, wenn ein besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung im Spiele sei.

Eine weitere Fallgruppe sind jene Gesellschaften, deren Festvertragsdauer für die Ausführung bestimmter Geschäfte bestimmt wurde oder Gesellschaften, die be-

1) Nancy 28.7.1891 Gaz.Pal. 91.2.552; Guillaouard no.372 a.A. Baudry-Lacantinerie et Wahl no. 385

2) Hémard a.a.O.

trächtliche Investitionen unternommen hatten und deren Auflösung nur unter Verlusten möglich wäre. Auch hier würden Gesellschaftern der Wille unterstellt, die Gesellschaft solange fortzusetzen, bis ein Gewinn erzielt wird.

Die vertraglich festgelegte Dauer der Gesellschaft wird darüber hinaus in vielen Fällen als ~~wesentliche~~ ¹ Bedingung des Gesellschaftsvertrages angesehen, die die Vermutung der gewollten Auflösung beim Tode eines Gesellschafters ausräumt.¹

Mit dieser Stellungnahme gehen die französische Wissenschaft und Rechtsprechung einige Schritte weiter als die deutsche. Nach deren Meinung muss sich der Fortsetzungswille aus irgend einer Vertragsbestimmung ergeben, wenn auch nicht ausdrücklich. Der Vertrag selbst muss einen Anhaltspunkt bieten. Zur Auslegung sind dann die allgemeinen Grundsätze heranzuziehen². Nach französischer Auffassung ist dagegen nicht notwendig, dass sich der Wille zur Fortsetzung im Gesellschaftsvertrag manifestiert hat.³ Es ist dem tatrichterlichen Ermessen anvertraut, aus der gesamten Sachlage heraus zu entscheiden, ob die Fortsetzung im ursprünglichen Willen der Gesellschafter gelegen hat.

Diese freie Handhabung des Begriffes der "stipulation" stellt ein wirksames Mittel dar, unbillige Auflösungen beim Tode eines Gesellschafters zu ver-

1) vgl. Hémard a.a.O. und Nancy 28.7.1891 a.a.O.

2) z.B. Grundsatz der Vermutung der Vollständigkeit der über ein Rechtsgeschäft errichteten Urkunde. Weipert, § 133 Anm1; RG Z, 59,219; 88,372

3) a.A. Adolph, Manuel S.22f.

hindern. Eine Reform der betreffenden Vorschriften in der Weise, dass die Fortsetzung unter den Überlebenden zum Normalfall erklärt wird, erscheint bei einer solch grossen Berücksichtigung des Fortsetzungswillens kaum dringend. Beinahe möchte man sie als überflüssig bezeichnen. Es hat allen Anschein, dass auch die " Commission de réforme du Code de Commerce et du droit des sociétés " dieser Auffassung ist: Sie will die alte Regelung beibehalten.¹

Ein Nachteil muss bei einer solchen Praxis allerdings in Kauf genommen werden. Die Vertragssicherheit ist ziemlich herabgesetzt. Es kommt zu Streitigkeiten zwischen den Gesellschaftern, ob die Gesellschaft nun aufgelöst sei oder ob sie trotz des Todes eines von ihnen weiterbestehe. Dieser zumutbare Nachteil wiegt aber den grossen Vorteil der Unternehmenserhaltung nicht auf.

5. Mit dem Tode eines Gesellschafters vergleichbare Tatbestände

a. Auflösung und Verschmelzung einer beteiligten juristischen Person

Mitglied einer offenen Handelsgesellschaft oder einer société en nom collectif kann auch eine juristische Person sein. Es fragt sich, ob deren Auflösung dem Tode einer natürlichen Person gleichzustellen ist und deshalb die Auflösung der offenen Handelsgesellschaft zur Folge hat. Eine juristische Person dauert regelmässig auch nach ihrer Auflösung bis zur Beendigung der Abwicklung mit geändertem Zweck fort. Vergleichbar ist deshalb allein ihre Vollbeendigung².

1) vgl. Travaux de la Commission de réforme du Code de Commerce et du droit des sociétés, vol. 7, 32

2) vgl. § 224 AktG, § 74 GmbHG; HG Z 122, 257

Dabei ist freilich zu beachten, dass die Vollbeendigung solange nicht eintreten kann, als die juristische Person noch an der offenen Handelsgesellschaft beteiligt ist. Damit hat sie noch personen- und vermögensrechtliche Rechte und Pflichten an der offenen Handelsgesellschaft, die ihrer Vollbeendigung entgegenstehen¹. Im Einzelfall kann aber die Auflösung einer beteiligten juristischen Person einen wichtigen Grund zur gerichtlichen Auflösung bilden. Diese Rechtslage zeigt, dass die Einbeziehung einer juristischen Person in eine offene Handelsgesellschaft auch ein Mittel zur Bestandssicherung darstellt, "da diese nicht eines natürlichen, sondern nur eines von den Gesellschaftern gewollten Todes sterben kann"².

Die Verschmelzung einer als Gesellschafterin beteiligten juristischen Person mit einer anderen zeigt in gleicher Weise eine gewisse Ähnlichkeit mit dem Tode einer natürlichen Person, insofern als eine Gesamtrechtsnachfolge stattfindet.³ Der Untergang ist aber nur ein formeller. Wirtschaftlich lebt die Gesellschaft in der anderen Gesellschaft fort. Aus dem individualistischen Charakter der offenen Handelsgesellschaft kann sich nichts anderes ergeben, denn dieser tritt in den Hintergrund, wenn eine juristische Person Mitglied einer offenen Handelsgesellschaft wird.⁴

Dasselbe gilt für die Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine andere Kapitalgesellschaft, da die umgewandelte und die ursprüngliche Gesellschaft

1) RG Z, 48, 305; 122, 257; 123, 289;

2) so Plum S. 186 vgl. auch Hueck, OHG S. 250
Schlegelberger § 131 Anm 25

3) vgl § 240 III AktG

4) Weipert Anm 26 zu § 131

identisch sind. Selbst für die Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine Personalgesellschaft kann nichts anderes gelten. Die Rechtsänderung kann nur in einem besonders gelagerten Einzelfall einen wichtigen Grund für eine gerichtliche Auflösung bilden.

Das französische Recht behandelt die Probleme entsprechend. Entscheidend ist, ob die juristische Person ihre Rechtspersönlichkeit beibehält¹. Dies ist bis zu ihrer Vollbeendigung, wenn auch nur im Wege einer Fiktion, der Fall¹.

b. Der Wegfall eines Geschäftsführers

Im französischen Recht bedarf es keiner Erörterung, dass der Tod eines "gérant", der zugleich Gesellschafter ist, die Gesellschaft auflöst. Dies ergibt sich aus der Gesellschafterstellung. Erstaunlich ist aber die Auffassung der herrschenden Lehre, dass der Tod eines gérant, der nicht Gesellschafter ist, ebenfalls die Auflösung der Gesellschaft zur Folge hat. Darüber hinaus wird überhaupt jeder Wegfall des gérant statuaire als Auflösungsgrund angesehen. Die Person des gérant statuaire, sei er nun Gesellschafter oder ein Dritter, wird als wesentliche Vertragsbedingung angesehen. Bei Fehlen einer entsprechenden Vertragsbestimmung ist davon auszugehen, dass die Gesellschafter bei Wegfall eines gérant vorziehen, die Gesellschaft zu liquidieren, als zusammen die Geschäfte zu führen oder einen neuen zu wählen².

1) vgl. Julliot de la Morandière, no. 372: "La transformation ne dissout pas la société; on l'exprime, on dit que la société qui se transforme ne change pas de personnalité juridique."

2) so Pic no. 453; Lyon-Caen, Renault et Amiaud, Traité, II no. 508 bis; Guillouard no. 137; Adolphe S. 22f.
Cass. 21.5. 1889, D. 1891.1.80; 31.1.1921, S. 1922.1.84

Dies ist eine widerlegbare Vermutung, die aber nur dann zum Zuge kommt, wenn es sich um einen "gérant statuaire" handelt. Die Geschäftsführerstellung muss sich also aus dem Gesellschaftsvertrag ergeben. Es genügt nicht, dass sie auf einer nachträglichen Vereinbarung beruht.¹ Handelt es sich nur um einen "gérant non statuaire", einen Geschäftsführer also, der von den Gesellschaftern nachträglich bestimmt worden ist, kann dessen Wegfall höchstens einen Grund zur gerichtlichen Auflösung bilden.²

Am angemessensten ist die Meinung von Houpin et Bosvieux,³ Sie lassen die Auflösung nur dann zu, wenn sich die Gesellschafter nicht auf einen neuen "gérant" einigen können.

Im deutschen Recht stellt sich das Problem nicht, da die Zulassung von Drittorganen bei Personalgesellschaften allgemein abgelehnt wird.^{4,5}

-
- 1) Der "gérant statuaire" ist grundsätzlich nicht abberufbar. (Art. 1854 C.civ.; art. 24 loi du 7. mars 1925).
 - 2) Lyon-Caen, Renault et Amiaud, Traité II. no. 508 bis;
 - 3) Houpin et Bosvieux I. 139, 273; so auch Adolph, a.a.O S. 22 f.
 - 4) vgl. Müller in NJW 1955, 1909; Baumbach-Duden, § 125 Anm. 2 c; Weipert § 125 Anm. 4; a. A. OLG München in HRR 1937 Nr. 1594
 - 5) Im französischen Recht stellte man Überlegungen an, ob die Verschollenheit eines Gesellschafters dem Tode gleichzustellen ist. Dies wird nun allgemein mit dem Hinweis, dass mit einem Auflösungsbeschluss auszukommen sei, abgelehnt. vgl. Lyon-Caen, Renault et Amiaud, Traité II. no. 311; Baudry-Lacantinerie et Wahl, no. 413; Pic, no. 585; Guillaouard, no. 309.

V I. Die Auflösung durch Kündigung eines Gesellschafters

1. Die allgemeine Regelung

Im französischen wie im deutschen Recht hat jeder Gesellschafter die Möglichkeit, die Auflösung einer auf unbestimmte Zeit eingegangenen Gesellschaft durch den Ausspruch der Kündigung herbeizuführen.¹

Die Berechtigung dafür liegt darin, dass die Personalgesellschaften auf individueller Grundlage beruhen und eine Veräusserung der Gesellschaftsanteile als Mittel der Risikobefreiung grundsätzlich nicht in Frage kommt.²

Die Kündigung, die meistens unter Ausserachtlassung der günstigen wirtschaftlichen Lage des Unternehmens ausgesprochen wird, ist eine der grössten Gefahren für den Bestand des Unternehmens. Es bedarf deshalb besonders einer Untersuchung, in welcher Weise das Anwendungsfeld der Kündigung eingeschränkt werden kann. Es kommt eine Einschränkung oder Ausschluss des Kündigungsrechtes durch die Parteien und eine entsprechende Handhabung des Gesetzes durch den Richter in Betracht. Würdinger charakterisierte das Problem einer solchen Bestandssicherung in treffender Weise: "Der Schwerpunkt des Problems liegt in der Frage, ob die sich mit einer Kündigung für das Unternehmen möglicherweise ergebende Gefährdung des Unternehmens verringern lasse, ohne dass den Belangen des Kündigenden ein unerträglicher Abbruch geschieht"³.

1) § 131 Ziff.4; § 142 HGB; Art.1865-5, 1869,1870 C.civ.

2) vgl. Würdinger, AcP (n.F.) 24.145

3) so Würdinger a.a.O.; vgl. auch Grieger AcP.(n.F.) 25,327 ff

Die Kündigung - im französischen Recht wird sie, der Tradition folgend, als "renonciation" bezeichnet¹ - ist grundsätzlich nur bei der Gesellschaft auf unbestimmte Zeit zulässig. Der Begriff der Gesellschaft auf unbestimmte Zeit ist in diesem Zusammenhang ein anderer als der im Rahmen des Auflösungsgrundes des Zeitablaufs erwähnte. Auch eine Gesellschaft auf bestimmte Zeit kann im Sinne dieser Vorschrift eine "auf unbestimmte Zeit abgeschlossene Gesellschaft" sein und deshalb jederzeit gekündigt werden. Dies ist dann der (der) Fall, wenn die Auslegung ergibt, dass die festgelegte Dauer der Gesellschaft eine Höchstdauer darstellt und das Kündigungsrecht nicht oder nur zeitweise ausgeschlossen ist².

Zulässig ist die Kündigung im deutschen Recht nur mit einer Frist von sechs Monaten zum Schluss des Geschäftsjahres. Damit stellt das Handelsgesetzbuch eine wesentliche Änderung gegenüber der Gesellschaft bürgerlichen Rechts her, bei der die Kündigung jederzeit fristlos möglich ist und nur eine zur Unzeit erfolgende Kündigung den Kündigenden zum Schadensersatz verpflichtet. Nach allgemeiner Auffassung ist die Vorschrift über die unzeitige Kündigung auf die offene Handelsgesellschaft nicht anzuwenden³.

Dagegen kennt das französische Recht keine gesetzliche Vorschrift über eine Kündigungsfrist. Es hilft sich, wie später näher dargelegt werden wird, mit der Schutzvorschrift des Art. 1870 C.civ über die unzeitige Kündigung.

Eine bestimmte Form ist in beiden Rechten nicht

1) Pothier no. 149

2) Hueck S. 261

3) Hueck oHG S.264

vorgeschrieben. Die Kündigung muss aber allen anderen Gesellschaftern gegenüber erklärt werden¹.

2. Die vertragliche Beschränkung des Kündigungsrechtes

Die Bestimmung des § 723 III BGB, die anerkanntermassen auch auf die offene Handelsgesellschaft Anwendung findet,² lautet: " Eine Vereinbarung, durch welche das Kündigungsrecht ausgeschlossen oder diesen Vorschriften zuwider beschränkt wird, ist nichtig ".

Dieses Verbot ist für die offene Handelsgesellschaft nicht(nicht) zu weit auszulegen³. Es steht fest, dass Beschränkungen zeitlicher Art zulässig sind⁴, Auch die vermögensrechtlichen Folgen einer Kündigung können beliebig geregelt werden, sofern dies nicht ein so grosses Opfer für den Kündigenden bedeutet, dass dadurch " auch die Freiheit in der Lösung der persönlichen Bindung beeinträchtigt wird"⁵.

Beliebige Vereinbarungen können über die Art der Auseinandersetzung getroffen werden⁶. Auch das Abfindungsguthaben kann vertraglich geregelt werden, sofern dies nicht einer Bestrafung des Kündigenden gleichkommt⁷. Ebenso sind Vereinbarungen über eine ratenweise Auszahlung des Abfindungsguthabens oder dessen Stundung zulässig.

1) Baudry-Lacantinerie et Wahl no.455 - Hueck, oHG S.263

2) Hueck S. 264

3) v.Godin JR 1948,65; Weipert § 132 Anm.15

4) BGH Z 10,91

5) Hueck oHG S. 265

6) RG Z 114,393

7) Die Regelung des Abfindungsguthabens ist von besonderer Bedeutung für den Bestand des Unternehmens. Die §§ 738, 739 BGB sollten möglichst ausgeschlossen werden, da sonst der gesamte Firmenwert zu veranschlagt ist. Die Grenze für die Bemessung bildet § 138 BGB und der Grundsatz von Treu und Glauben. Ist die Abfindung unangemessen, so liegt darin ein unzulässiger Ausschluss des Kündigungsrechtes. vgl BGH in NJW 1954,106. Plum S.184

Unmittelbare Beschränkungen des Kündigungsrechtes, wie das Abhängigmachen von einem Mehrheitsbeschluss der Gesellschafter oder der Zustimmung eines anderen Gesellschafters sind dagegen unzulässig¹. Dasselbe gilt für die Vereinbarung einer Vertragsstrafe. Die Vereinbarung eines Wettbewerbsverbotes soll dagegen zulässig sein².

Diese Unterscheidung zwischen grundsätzlich zulässigen vermögensrechtlichen Bindungen und sogenannten direkten Beschränkungen, die unzulässig sind, kann zu unbilligen Ergebnissen führen.³ Auch die mittelbaren Beschränkungen können eine solche Bindung des einzelnen Gesellschafters zur Folge haben, dass sich dieser nicht lösen kann. Es erscheint besonders schwierig, eine dogmatische Abgrenzung zwischen erlaubter und unzulässiger Beschränkung zu finden. Billiger erscheint es, von Fall zu Fall unter Abwägung der besonderen Lage des einzelnen Gesellschafters zu entscheiden, ob die Beschränkung zumutbar und deshalb zulässig ist.⁴

Im französischen Recht hängt die Frage, ob das Kündigungsrecht ausgeschlossen oder inwieweit es beschränkt werden kann, davon ab, ob Art. 1869 C.civ. Ordre-public-Charakter besitzt.

Diese Frage beantwortet sich nach dem Zweck, den die Vorschrift verfolgt. Nach Baudry-Lacantinerie et Wahl ist Art. 1869 C.civ. ein Anwendungsfall des

1) RG Z 21, 93

2) RG Z 106, 128; Düringer-Hachenburg § 132 Anm.7 a.A. Schlegelberger § 132, Anm.18; vgl. auch RG in JW 1938, 521

3) so auch v. Godin JR 1948, 65

4) so v. Godin a.a.O.; vgl. zum gesamten Problem BGH in Betrieb 1953, 1056; anders Barz JW 1938, 491, der für die Zulässigkeit des völligen Ausschlusses des Kündigungsrechtes eintritt.

Grundsatzes, dass sich die an einem Dauerschuldverhältnis Beteiligten aus der Bindung lösen können müssen, wenn es ihnen "opportun erscheint".¹ Mehr Aussagekraft hat die Begründung, die Pic² gibt: Art. 1869 C. civ. erkläre sich aus dem Verbot des engagement perpétuel. Dies ergäbe sich besonders aus einem Vergleich der Vorschrift mit Art. 1780 C. civ.³ und art. 20 Code du travail, liv. I. Derselben Auffassung sind auch Houpin et Bosvieux⁴. Diese Autoren nehmen den Ordre-public-Charakter der Vorschrift an.⁵

Die Gegenmeinung, nämlich, dass Art. 1869 keinen Ordre-public-Charakter besitze, wird von Lyon-Caen, Renault⁶ und Thaller⁷ vertreten. Sie weisen darauf hin, dass auf das Recht zur Kündigung verzichtet werden könne, da die Gesellschafter immer noch die Möglichkeit hätten, die Gesellschaft durch Klageerhebung zur Auflösung zu bringen.

1) Baudry-Lacantinerie et Wahl no. 438

2) Pic, no. 563

3) Art. 1780 Code civil lautet: "On ne peut engager ses services qu'à temps ou pour une entreprise déterminée"

4) Houpin et Bosvieux no. 149

5) In einem arrêt der Cour d'appel von Chambéry kommt die Annahme des Ordre-public-Charakters klar zum Ausdruck. In den Entscheidungsgründen dieses Urteils heisst es:

" Attendu que les lois qui consacrent les engagements perpétuels des citoyens, qu'il s'agisse des personnes ou des biens, sont contraires à l'ordre public tout à la fois comme portant atteinte à la liberté des uns, qui n'est pas réputée aliénable que dans certaines limites de durée et à la libre circulation des biens, qui intéresse les besoins économiques et sociaux du pays."

Arrêt vom 20.2.1905, D.1907 . 2.118

6) Lyon-Caen, Renault et Amiaud no. 238

7) Thaller et Pic no. 430

Auch Baudry-Lacantinerie et Wahl glauben, Art.1869 C.civ besitze keinen Ordre-public-Charakter¹. Die Abdingbarkeit der Vorschrift ergebe sich aus der Vertragsfreiheit. Art.1780 C.civ sei nicht als Argument für, sondern geradezu als ein Argument gegen den Ordre-publiccharakter der Kündigung zu werten. Insbesondere könne bei einem Gesellschafter nicht von einem engagement perpétuel gesprochen werden, zumal sich ein Gesellschafter nicht in der untergeordneten Stellung eines Arbeitnehmers befinde.

Nachdem feststeht, dass das Kündigungsrecht nach einhelliger Auffassung auf eine bestimmte Zeit abgeschlossen werden kann, fragt es sich, auf wie lange dies möglich ist. Die Frage ist mit dem Problem identisch, auf welche Dauer eine offene Handelsgesellschaft oder eine société en nom collectif, überhaupt eine Personalgesellschaft abgeschlossen werden kann.

Meistens wird es im Hinblick auf die Bestandsicherung im Interesse des Unternehmers liegen, eine möglichst lange Gesellschaftsdauer zu bestimmen, etwa auf fünfzig Jahre oder über die Lebenszeit aller Gesellschafter hinaus. Zweck einer solchen Vereinbarung ist regelmässig, das Unternehmen der nachfolgenden Generation zu erhalten. Für die Frage des Bestandsschutzes ist es deshalb von eminenter Bedeutung, dass einer Vertragsbestimmung, die einen solchen langen Zeitraum regelt, nach Möglichkeit nicht die rechtliche Wirksamkeit versagt wird.

Das Reichsgericht² nahm an, dass eine Gesellschaft

1) Baudry-Lacantinerie et Wahl, no. 445

2) RG Z 156, 124

nicht auf eine längere Dauer geschlossen werden könne als die voraussichtliche Lebenserwartung eines oder aller Gesellschafter. Zu dieser Auffassung kam es durch eine analoge Anwendung des § 134 HGB¹. Zur Begründung führte das Reichsgericht aus, die Bestimmung des § 134 HGB beruhe auf ethischen Motiven. Die überlange Bindung einer Person an eine Personalgesellschaft sei mit der herrschenden Auffassung über die persönliche Freiheit unvereinbar.

Würde man dieser Auffassung folgen, so wäre damit jeder Bestandsschutz einer Personalgesellschaft zunichtegemacht. Schlegelberger² weist zu Recht darauf hin, dass diese Auslegung in der Praxis dazu führen würde, dass die Gesellschafter vor Abschluss eines Gesellschaftsvertrages zunächst einmal die Lebenserwartung eines jeden von ihnen feststellen müssten. Seien die Gesellschafter alle noch jung und etwa gleichaltrig, könnten sie die Gesellschaft ohne weiteres auf die Dauer von 30 bis 40 Jahren eingehen. Sei dagegen ein Gesellschafter schon betagt, so könne die Vertragsdauer vielleicht nur auf fünf Jahre bemessen werden. Der Zweck der längeren Festvertragsdauer, die Erhaltung des Unternehmens für die Erben, kann nicht erreicht werden.³

Die herrschende deutsche Lehre spricht sich deshalb gegen eine solche weite Auslegung des § 134 HGB aus. Sie ist der Auffassung, die Auslegung des Reichsgerichts sei nicht mit anderen Vorschriften aus dem

1) "Eine Gesellschaft, die für die Lebenszeit eines Gesellschafters eingegangen ist...., steht im Sinne der Vorschriften der §§ 132, 133 einer für unbestimmte Zeit eingegangenen Gesellschaft gleich".

2) Schlegelberger § 134 Anm. 3

3) vgl. Boesebeck, Betrachtungen, S. 39

Recht der offenen Handelsgesellschaft, etwa mit § 139 HGB, in Einklang zu bringen.¹ § 139 HGB wäre dann nur für das unerwartete vorzeitige Ableben eines Gesellschafters notwendig.² Auch die Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch sprechen gegen die Interpretation des Reichsgerichts.³ Als Grund für die Vorschrift führen sie lediglich an, dass ein "auf Lebenszeit" eingegangener Gesellschaftsvertrag meistens auf "Übereilung, Selbsttäuschung und Illusionen" beruhe. Eine besondere ethische Erwägung ist nicht ersichtlich. Die Motive erwähnen weiter, dass sich alle Bedenken, welche sich gegen die unbeschränkte Zulassung einer bestimmten Dauer der Gesellschaft festsetzenden Übereinkunft erheben liessen, durch die Vorschrift über die Kündigung aus wichtigem Grunde erledigten.⁴

Man wird aber eine Schranke für die allzu lange Festvertragsdauer aus allgemeinen Grundsätzen entnehmen können: Eine allzu lange Bindung der Gesellschafter an eine Gesellschaft kann bei Vorliegen besonderer Umstände gegen die guten Sitten verstossen und deshalb nach § 138 BGB nichtig sein.⁵

Fraglich erscheint, ob daneben auch § 738 BGB als ein Verbot der langen Gesellschaftsdauer unter Ausschluss des Kündigungsrechtes anzusehen ist.

-
- 1) Würdinger, Gesellschaften I. 137; Weipert § 134 Anm 4 Hueck, ORG S. 261; Barz JW 1938, 490
 - 2) vgl. Simon, DF 1961, 1679 (1681)
 - 3) Bd. 2, 621: zu der § 134 HGB entsprechenden Vorschrift des § 724 BGB.
 - 4) Zustimmend auch Gessler in Soz. Prax. 1938, 1177 Geiler bei Staudinger BGB § 724 Anm 1; Schlegelberger § 134 Anm 3.; abweichend Baumbach-Duden § 134 Anm 1 Weipert § 134 Anm 4
 - 5) vgl. Ritter § 132 Anm 2; Gessler a.a.O. S. 1175

Eine lange Festvertragsdauer könnte nämlich ebenso als unzulässige Beschränkung angesehen werden wie etwa, wenn die Zulässigkeit einer Kündigung von der Zustimmung der übrigen Gesellschafter abhängig gemacht wird.¹ Zu diesem Ergebnis kommt man, wenn man wie Plum² eine unzulässige Kündigungsbeschränkung annimmt, falls die betreffende Bestimmung zu einer unlösbaren Bindung führt. Diese Autorin sieht eine zehn- bis zwanzigjährige Gesellschaftsdauer "noch als zulässig" an.³

Auch im französischen Recht stellt sich das Problem, auf wie lange eine Personalgesellschaft abgeschlossen, beziehungsweise das Kündigungsrecht ausgeschlossen werden kann.

Unbestritten ist, dass eine Gesellschaft, die "auf Lebenszeit" eingegangen ist (sog. *société à vie*), eine Gesellschaft auf unbestimmte Zeit darstellt und jederzeit gekündigt werden kann⁴. Wissenschaft und Rechtsprechung schliessen dies hauptsächlich aus Art. 1844 i.V.m. Art.1869 C.civ.

Zu einer festen Gerichtspraxis ist es auch geworden, eine auf 99 Jahre abgeschlossene Gesellschaft als jederzeit kündbare Gesellschaft auf unbestimmte Zeit anzusehen⁵. In einem Falle wurde eine Verlänge-

1) so Plum S.185

2) Plum S.185

3) vgl.auch Potthoff S. 184 der eine dreissigjährige Festvertragsdauer noch als zulässig ansieht
4) Cass.27.7.1927, S.1927.1.286; Cass.17.10.1960, Bull.Cass 1960.3.171; Lyon-Caen, Renault et Amiaud Traité t.II no.330; Houpin et Bésivieux no. 149

5) Rabat 10.7.1956, J.S. 1957.206; 26.3.1959 Gaz.Pal. 1959.2.47; Batardon-Delaisi S. 120 ; Lyon-Caen, Renault et Amiaud Traité t.II no. 330 ; vgl.auch R.D.C. 1961.97

rung der Gesellschaftsdauer um siebenzig Jahre ebenfalls als ausreichend betrachtet, die Gesellschaft als jederzeit kündbar erscheinen zu lassen.¹

Die Cour de Cassation hat erneut zu dieser Frage Stellung genommen, indem sie eine auf 99 Jahre eingegangene Gesellschaft als auf unbestimmte Zeit abgeschlossen ansah. Überhaupt sei jede Personalgesellschaft, die sich auf eine längere Zeit als die menschliche Lebenszeit erstrecken solle, jederzeit kündbar. Der Grund dafür liege darin, dass die Anteile einer solchen Gesellschaft unübertragbar sind: Es sei unvertretbar, dass ein Gesellschafter seine wirtschaftliche Freiheit für sein ganzes Leben veräußere.²

Damit steht fest, dass das französische Recht den einzelnen Gesellschafter nicht nur vor Übereilung und Selbsttäuschung schützen will, wie es im deutschen Recht der Fall ist. Die Gesellschafter sollen vielmehr auch dann vor einer allzu langen Bindung bewahrt werden, wenn sie diese bedacht haben.

Fraglich ist nur noch, ob schon eine auf kürzere Zeit, etwa auf fünfzig oder auf zwanzig Jahre abgeschlossene Gesellschaft als "société illimitée" anzusehen ist. Die genannten Entscheidungen lassen diese Frage offen³. Aus der vorhandenen Rechtsprechung kann aber auch nicht der Schluss gezogen werden, dass auf die Lebenserwartung des einzelnen Gesellschafters abzustellen sei. Es ist vielmehr die normale menschliche Lebenserwartung massgebend.⁴

1) Alger 23.6.1960 Gaz.Pal 1960.2. 222

2) Cass. 30.1. 1963, Gaz.Pal. 1959.2.47. vgl. auch R.D.C. 1961.97

3) Die Cour d'Aix ging der Frage aus dem Wege: 1.6.1955 Journ.agrées 1962.301

4) vgl. Aix 1.6.1955 a.a.O.

In neuerer Zeit ist die Forderung erhoben worden, auf die Lebenserwartung jedes einzelnen Gesellschafters abzuheben.¹

Der Unterschied zwischen dem deutschen und dem französischen Recht besteht darin, dass die französische Auffassung im Verbot der Gesellschaft auf Lebenszeit eine Bestimmung von "ethischer Bedeutung" sieht, während nach der herrschenden Lehre in Deutschland der Zweck der entsprechenden Vorschrift im Schutz gegen Übereilung und Selbsttäuschung besteht. Im französischen Recht gilt eine Personalgesellschaft, die über die gewöhnliche menschliche Lebensdauer hinaus geschlossen ist, ohne weiteres als Gesellschaft auf unbestimmte Zeit, während dies im deutschen Recht nur nach § 138 BGB der Fall sein kann².

3. Die Beschränkung des Kündigungsrechtes durch Gesetzgeber, Rechtsprechung und Wissenschaft

Die Wirksamkeit einer ausgesprochenen Kündigung der Gesellschaft ist in beiden Rechten nicht von der Darlegung eines bestimmten Beweggrundes, geschweige denn vom Vorliegen eines wichtigen Grundes abhängig. Die Kündigung ist deshalb grundsätzlich zu jeder Zeit möglich. Es verwundert nicht, wenn Wissenschaft und Rechtsprechung versuchen, diese Gefahrenlage zu entschärfen.

Im deutschen Recht wird dies am ehesten durch die

-
- 1) Rodière, R.D.C. 1963.111 und 1961.97: "C'est la liberté de l'individu que l'art.1869 tend à sauvegarder, de sorte que le seul espoir de sortir de la société par la mort sans doute lui paraîtra une plaisanterie macabre."
 - 2) Simon, DB 1961, 1680

Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben geschehen können.

Das französische Recht dagegen hat in Art. 1869 C.civ. eine zusätzliche Handhabe zur Vermeidung von unerwünschten Auflösungen auf Grund der Kündigung eines Gesellschafters. Nach dieser Bestimmung ist eine Kündigung nur wirksam, wenn sie "in gutem Glauben" und "nicht zur Unzeit" erfolgt.¹

Besonders oft nimmt die Rechtsprechung das Vorliegen der Unzeit an:

Die Cour de Cassation² wies eine Klage auf Feststellung der Auflösung der Gesellschaft durch Kündigung ab, da die Kündigung nur ein Jahr nach Vertragsabschluss erhoben wurde (und) das Unternehmen kein schlechtes Geschäftsergebnis zeigte und auch in Zukunft keines zu erwarten war. Die Gesellschafter hatten ausserdem in hohem Masse investiert.³

Nach der Wissenschaft ist immer dann eine unzeitige Kündigung anzunehmen, wenn diese an einem für die Regelung der gemeinsamen Interessen ungünstigen Zeitpunkt erfolgt⁴. Dies ist etwa dann der Fall, wenn die Art der Lagerbestände eine ruinöse Liquidation

1) Art. 1870 C.civ gibt eine Legaldefinition:

"La renonciation n'est pas de bonne foi lorsque l'associé renonce pour s'approprier à lui seul le profit que les associés s'étaient proposé de retirer en commun."

"Elle est faite à contretemps lorsque les choses ne sont plus entières et qu'il importe à la société que sa dissolution soit différée."

2) Req. 2.5.1946, D.1946.286 (Lyon 13.1.43, D.C.44.34 Ann. Pic)

3) vgl. auch Cass.30.5.1961, Bull.Cass.1961.3.217

4) Pic D.C. 1944.34; Escarra, Cours no.643

erwarten lässt oder wenn sich das Unternehmen der Gesellschaft in einer wirtschaftlichen Krise befindet.

Den französischen Richter kann nichts daran hindern, der Bestimmung über die unzeitige Kündigung eine breite Anwendungsbasis zu verschaffen. Die Fassung der Vorschrift " qu'il importe à la société que sa dissolution soit différée " begünstigt dies.

Dem Richter ist bei der Prüfung, ob Unzeit vorliegt, ein Ermessen eingeräumt¹. Sicherlich machen die Gerichte von dieser Bestimmung Gebrauch, um den Bestand eines Unternehmens zu schützen. Der Ermessensspielraum ist aber zu begrenzt, um eine Gesellschaft nur deshalb nicht aufzulösen, weil es ihr wirtschaftlich gut geht. Ein Gesellschafter muss auch von einer blühenden Gesellschaft loskommen. Liegen aber ausserdem noch Umstände vor, die die Auflösung der Gesellschaft zu diesem bestimmten Zeitpunkt als unbillig erscheinen lassen, nehmen die Gerichte in aller Regel die Unzeitigkeit der Kündigung an.²

Aus der Fassung des Gesetzes³ geht darüber hinaus hervor, dass die Auflösung nicht dauernd ausgeschlossen, sondern nur aufgeschoben werden kann. Die Bestimmung über die unzeitige Kündigung ist deshalb nur als ein Mittel zur " kurzfristigen " Bestandssicherung anzusehen.

1) Escarra, Cours no. 643

2) Schaeffers Beurteilung der Gerichtspraxis mutet etwas überspitzt an: " En résumé, entre la dissolution fondée sur des causes tenant à la superstructure juridique de l'entreprise et le maintien de cette entreprise lorsqu'elle fonctionne bien, les juges ont opté". a.a.O. S.241
Die Richter haben soweit gewählt, als sie überhaupt in ihrer Wahl frei sind!

3) "soit différée "

Als Handhabe für die deutschen Gerichte, eine Kündigung als unzulässig zurückzuweisen, kommt die Annahme der Nichtigkeit wegen Rechtsmissbrauchs in Betracht.¹

Nur in ganz besonders gelagerten Fällen ist jedoch nach der Rechtsprechung² und der Meinung der Literatur³ ein solcher Rechtsmissbrauch anzunehmen: Das Reichsgericht sah die Kündigung gegen einen zum Wehrdienst einberufenen Gesellschafter als treuwidrig und deshalb als nichtig an.⁴ In einem anderen Falle war der Frau eines vermissten Gesellschafters, über dessen Tod noch keine Gewissheit bestand, gekündigt worden.⁵ Das Gericht stellte den Grundsatz auf, dass eine Kündigung nach Treu und Glauben unzulässig sei, wenn schon durch eine Umgestaltung des Gesellschaftsverhältnisses die Belange der Gesellschaft und des kündigenden Gesellschafters gewahrt werden können.

Vergeblich sucht man aber nach einer Entscheidung, die Rechtsmissbrauch auf Grund des zu erwartenden Schadens für die anderen Gesellschafter annimmt. Von einer unternehmenserhaltenden Wirkung der Anwendung dieses Grundsatzes kann deshalb nicht die Rede sein.

Nimmt ein Gericht einmal Rechtsmissbrauch an, so darf dies nicht dazu führen, dass entgegen der zwingenden Bestimmung des § 723 BGB das Kündigungsrecht ganz ausgeschlossen wird.⁶ Bestenfalls könnte deshalb die Anwendung ^{des} Grundsatzes von Treu und Glauben ein Mittel

1) BGH in NJW 1954, 106

2) RG in DR 1943, 1220; OGH in NJW 1950, 503

3) Weipert, § 132 Anm 11; Hueck, oHG S. 264

4) RG in DR 1943, 1220

5) OGH in NJW 1950, 503

6) BGH Z 23, 16

zur Erhaltung des Unternehmens auf kurze Zeit darstellen.

Die Fassung des Gesetzes und die Stellungnahme der Gerichte und der Wissenschaft zeigen, dass die Interessenabwägung, die beim Streit der Gesellschafter über Leben und Untergang des Unternehmens das fast unlösbare Problem ist, im französischen Recht um etwas mehr zugunsten einer Erhaltung des Unternehmens erfolgt, auch wenn dies nur auf kürzere Zeit möglich ist.

V I I . D i e A u f l ö s u n g d u r c h K ü n d i g u n g e i n e s G l ä u - b i g e r s

1. Das deutsche Recht

Unter bestimmten Voraussetzungen kann auch ein Privatgläubiger eines Gesellschafters die offene Handelsgesellschaft zur Auflösung bringen.

Ein Privatgläubiger hat die Befugnis, die Gesellschaft zu kündigen, wenn er " auf Grund eines nicht bloss vorläufig vollstreckbaren Schuldtitels die Pfändung und Überweisung des Anspruchs auf das Auseinandersetzungsguthaben erwirbt ", nachdem innerhalb der letzten sechs Monate eine Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen des Gesellschafters ohne Erfolg versucht worden ist.¹

Die sachliche Berechtigung dieses Kündigungsrechtes liegt darin, dass das Gesellschaftsvermögen während

1) § 135 HGB

des Bestehens der Gesellschaft dem Zugriff der Privatgläubiger eines Gesellschafters entzogen ist. Ein Gläubiger kann wohl den Anteil seines Schuldners am Gesellschaftsvermögen pfänden¹. Dabei kann er sich aber nur an den der Pfändung unterworfenen Gewinnanteil halten; die anderen Rechte des Gesellschafters kann er (aber) nicht geltend machen². Erst nach der Auflösung der offenen Handelsgesellschaft kann er sich aus der Pfändung des Auseinandersetzungsguthabens befriedigen. Da dem Gläubiger nicht zugemutet werden kann, das vertragsmässige Ende der Gesellschaft abzuwarten, besteht ein berechtigtes Interesse, die Gesellschaft vorzeitig zur Auflösung bringen zu können.

Die Kündigung des Privatgläubigers kann im Gegensatz zu der des Gesellschafters nicht nur bei einer Gesellschaft auf unbestimmte Zeit, sondern auch bei einer auf bestimmte Zeit abgeschlossenen Gesellschaft ausgesprochen werden. - Es bleibt sich auch gleich, ob die Zwangsvollstreckung von einem anderen als dem kündigenden Gesellschafter oder von diesem selbst versucht wurde.³

Die Möglichkeit der Kündigung durch die Privatgläubiger ist eine ständige Gefahr für den Bestand des Unternehmens. Von Interesse ist deshalb, welche Gläubiger die offene Handelsgesellschaft zur Auflösung bringen können. Sind auch die Gesellschaftsgläubiger über § 128 HGB als Privatgläubiger im Sinne von § 135 HGB anzusehen?

Nach der Auffassung von Staub⁴ ist Privatgläubiger jedermann, der Inhaber einer Forderung gegen das Privatvermögen des Gesellschafters ist. Dies ist nach

1) § 717 BGB

2) § 727 II BGB

3) anders noch Art. 126 ADHGB

4) Staub Anm. 1 zu § 135 HGB

§ 128 HGB bei jedem Gesellschaftsgläubiger der Fall, wenn er einen einzelnen Gesellschafter auf Grund seiner Gesamthaftung in Anspruch nimmt. Diese Auffassung ist abzulehnen, da Sinn und Zweck der Vorschrift des § 135 HGB gegen ihre Richtigkeit sprechen. Als Privatgläubiger im Sinne dieser Bestimmung können nur solche Personen verstanden werden, die eine Forderung gegen einen Gesellschafter in seiner Eigenschaft als Privatperson, nicht aber als Gesellschafter erworben haben¹.

Der Sinn der Vorschrift ist nach zutreffender Ansicht darin zu sehen, dem Privatgläubiger, dem jeder Zugriff auf das Vermögen der Gesellschaft versagt ist, ein Äquivalent zu geben. Ein Gesellschaftsgläubiger dagegen kann jederzeit die Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen betreiben und sogar den Konkurs der Gesellschaft mit der Folge der Auflösung herbeiführen. Es wäre überflüssig, wenn er darüberhinaus die Gesellschaft auch durch Kündigung zur Auflösung bringen könnte. Die gegenteilige Auffassung gibt jedem Gesellschaftsgläubiger das Mittel in die Hand, die Gesellschaft zu sprengen, ohne dass dazu das geringste Bedürfnis bezüglich seiner Befriedigung besteht.

Für sich betrachtet stellt die Regelung des § 135 HGB eine ständige Gefahr für das Leben der Gesellschaft dar. Einen gewissen Schutz bildet aber § 141 HGB: Die übrigen Gesellschafter haben die Möglichkeit, die Fortsetzung der Gesellschaft unter Ausschluss des überschuldeten Gesellschafters zu beschliessen.

1) Düringer-Hachenburg, § 135 Anm. 2; Schlegelberger, § 135 Anm. 1; Hueck, oHG S. 267

Aus dem Gesichtspunkt der gesellschaftlichen Treuepflicht heraus können die übrigen Gesellschafter sogar verpflichtet sein, die Gesellschaft auch bei Fehlen einer entsprechenden Vertragsbestimmung mit dem Gesellschafterschuldner fortzusetzen¹. Voraussetzung hierfür ist aber, dass der kündigende Gläubiger vorher befriedigt wird und daraufhin auf seine Rechte aus dem Pfändungs- und Überweisungsbeschluss verzichtet hat.

Geht man von einem eng verstandenen Begriff des Privatgläubigers aus, ist die Vorschrift des § 135 HGB angemessen. Sie vereinigt eine hervorragende Berücksichtigung von Belangen der Privatgläubiger mit einer Rücksichtnahme auf das Interesse an einer Fortsetzung des Unternehmens.

Eine ernst zu nehmende Gefährdung des Unternehmens kann aber trotzdem bestehen:

Scheidet der Gesellschafterschuldner aus der Gesellschaft aus, erwirbt der Privatgläubiger den Abfindungsanspruch seines Schuldners gegen die Gesellschaft. Besteht der Gläubiger darauf, dass der ganze Anteil des ausgeschiedenen Gesellschafters sofort ausgezahlt wird, kann dies die Gesellschaft in ihrer Bestandsfähigkeit hart treffen.

Es stellt sich deshalb die Frage, inwieweit die Gesellschafter den Abfindungsanspruch mit Wirkung den Privatgläubigern gegenüber vertraglich beschränken können. Es gilt der Grundsatz, dass eine Bestimmung über die Berechnung und Auszahlung des Abfindungsan-

1) BGH in DB 1959,827; Plum, S.183

spruches dann auch für die Privatgläubiger verbindlich ist, wenn sie alle Fälle des Ausscheidens eines Gesellschafters in gleicher Weise regelt. Will die Bestimmung dagegen nur den Fall der Kündigung durch einen Privatgläubiger regeln, ist sie im Allgemeinen nichtig. Eine Vereinbarung entfaltet dann keine Wirkung, wenn sie im Ergebnis einer Vereitelung oder Erschwerung des Kündigungsrechtes gleichkommt¹.

Eine weitere für die Unternehmenserhaltung bedeutsame Frage ist das Problem, ob die Auflösung der Gesellschaft trotz stattgefundener Befriedigung des Gläubigers eintritt.

Ein Teil der Wissenschaft-wohl die herrschende Lehre- vertritt die Auffassung, nach eingetretener Auflösung hätten die einzelnen Gesellschafter ein Recht darauf, dass die Vollbeendigung der Gesellschaft auch tatsächlich eintritt. Auf dieses Recht könnten sie nur einstimmig verzichten.² Man hebt darauf ab, dass die Gesellschafter eines gewissen Vertrauensschutzes bedürften, zumal vielfach erwartet werden müsse, dass sie schon neue Pläne gefasst (hätten) und sich schon anderweit festgelegt hätten.

Das Vertrauen, sei es auch nur eines einzigen ^{das} Gesellschafters, in so hohem Masse auf Kosten einer Erhaltung des Unternehmens zu schützen, verdient keine Billigung. Das Interesse am Fortbestande des Unternehmens ist im Vergleich zum Vertrauensschutz das höherrangige Gut. Nach Befriedigung des Privatgläubigers dürfte die einmal ausgesprochene Kündigung nur dann weiterhin zur Auflösung der Gesellschaft

1) Schlegelberger § 135 Anm. 14; Weipert § 135 Anm. 24
Hueck oHG S. 269

2) OLG Dresden in JW 1935, 717; Weipert § 135 Anm. 27
Hueck oHG S. 269; Schlegelberger § 135 Anm. 15

führen, wenn ein wichtiger Grund im Sinne von § 133 HGB gegeben ist. Damit wären die Interessen der Gesellschafter ausreichend berücksichtigt. Erst damit wäre auch die Gefahr beseitigt, dass die Gesellschaft unter Umständen auf Grund des Willens eines Einzelnen willkürlich aufgelöst wird. Ein Versuch, dies zu verhindern, ist die Annahme eines Verstosses gegen die Treuepflicht, wenn ein oder mehrere Gesellschafter grundlos auf der Auflösung beharren¹.

Im Hinblick darauf, dass die Gesellschaft allein im Interesse der Gläubiger aufgelöst wird, wäre die Annahme gerechtfertigter, dass die Gesellschafter selbst durch die Auflösung überhaupt kein Recht auf Vollbeendigung erhalten haben.

2. Das französische Recht

Eine dem deutschen Recht entsprechende Vorschrift gibt es nicht. Wissenschaft und Rechtsprechung beschäftigen sich deshalb mit der Frage, ob die persönlichen Gläubiger eines Gesellschafters über Art. 1166 C.civ. das dem Gesellschafterschuldner zustehende Kündigungsrecht ausüben können.

Während im deutschen Recht dem Gläubiger das Kündigungsrecht aus eigenem Recht zusteht und in keinerlei Verbindung zu dem seinem Schuldner als Gesellschafter zustehenden Recht zur Kündigung steht², kommt im französischen Recht nur ein Kündigungsrecht aus fremdem Recht in Betracht.

Nach der Vorschrift des Art. 1166 C.civ. kann der

1) RG Z 169, 153

2) vgl. Schlegelberger § 135 Anm.1

Gläubiger alle Rechte und Rechtsbehelfe seines Schuldners ausüben. Ausgenommen sind nur die höchstpersönlichen Rechte¹.

Zum Nachteil der persönlichen Gläubiger sieht die herrschende Lehre das Kündigungsrecht eines Gesellschafters als höchstpersönliches Recht an und versagt den Gläubigern die Möglichkeit, die Gesellschaft zur Auflösung zu bringen.² Das Kündigungsrecht wird wie etwa das Stimmrecht als untrennbar mit der Gesellschafterstellung verbunden angesehen. Baudry-Lacantinerie et Wahl³ begründen die höchstpersönliche Natur des Kündigungsrechtes damit, dass allein die Gesellschafter die verschiedensten Überlegungen anstellen könnten, ob die Gesellschaft aufgelöst werden müsse.

Die Interessenabwägung erfolgt demnach im Einklang mit der sonstigen Behandlung der Privatgläubiger einseitig zugunsten der Gesellschaft und der Gesellschafter.

Die Benachteiligung der Privatgläubiger wird zwar durch die Möglichkeit, den Gesellschafterschuldner in Konkurs zu treiben und auf diese Weise die Auflösung der Gesellschaft zu erreichen, gemildert. In diesem Falle kann sich ein Privatgläubiger nach stattgefundener Teilung mit den übrigen Gläubigern an den Gesellschaftsanteil halten. Der Gesellschafterkonkurs ist aber im französischen Recht kein zwingender Auflösungs-

- 1) Art. 1166: "Néanmoins les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leur débiteur à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne".
- 2) Paris 18.1.1927, D.1928.2.145 u. Anm.Capitant. In den Gründen dieser Entscheidung heisst es: "Considérant que le droit à la renonciation prévu par l'art. 1865 C.civ ... est un droit tout personnel". vgl. auch Cass.com 10.5.1954. J.C.P. 1954.II.8304;
- 3) Baudry-Lacantinerie et Wahl, no. 470: "Les associés seuls peuvent entrer dans les considérations de diverse nature, confiance réciproque etc. que doivent entraîner leur décision".

grund¹. Ist die Auflösung für den Konkurs eines Gesellschafters vertraglich ausgeschlossen, können die Privatgläubiger überhaupt keinen Zugriff auf das Gesellschaftsvermögen nehmen.

Diese Lösung sorgt ausgiebig für die Erhaltung des Unternehmens, sie nimmt aber eine für das deutsche Recht unvorstellbare Benachteiligung der persönlichen Gläubiger in Kauf. Im Vergleich mit der die Interessen aller Beteiligten berücksichtigenden Lösung des Handelsgesetzbuches erscheint sie als unbillig, auch wenn sie nach der grösseren Selbständigkeit des Unternehmensvermögens auf Grund der Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft dogmatisch das folgerichtige Ergebnis ist. Auch in Frankreich wird diese Stellung der Privatgläubiger in neuerer Zeit als unbillig empfunden.² Aber selbst wenn man im französischen Recht dem Privatgläubiger das Kündigungsrecht über Art. 1166 C.civ geben würde, wäre damit kein billiges Ergebnis erzielt. Der französische Gesetzgeber hat nicht die Möglichkeit der Fortsetzung unter den übrigen Gesellschaftern unter Ausschluss des Gesellschafterschuldners vorgesehen. Das französische Recht erscheint insoweit als weniger entwickelt.

1) vgl. oben S. 32

2) vgl. Schaeffer a.a.O. S.237. Hinsichtlich der Unternehmenserhaltung ist dieser Autor der Auffassung, dass das Unternehmen auch bei einer Zubilligung eines Gläubigerkündigungsrechtes durch die weite Auslegung von "contretemps" und "mauvaise foi" immer noch genügend gegen wirtschaftlich unerwünschte Auflösungen gesichert sei. In der-selben Richtung liegt die Meinung Duquenois, der das Recht zur Auflösungsklage - und entsprechendes muss auch für die Kündigung gelten - nicht als höchstpersönliches Recht ansieht und sie auch den Privatgläubigern zuspricht, a.a.O. S.233

VIII. Die Auflösung durch Erreichung des Gesellschaftszweckes

Art. 1865 - 2 C.civ. löst alle Gesellschaften "par l'extinction de la chose ou la consommation de la négociation" unmittelbar auf.

Verliert also eine Gesellschaft das ihr dienende Gut, tritt sie in das Liquidationsstadium ein. Betreibt eine Gesellschaft ein Hotel in gemieteten Räumen, so bildet die vom Vermieter durch Kündigung herbeigeführte Beendigung des Mietvertrages einen unmittelbar wirkenden Auflösungsgrund¹. Als ein weiteres Beispiel kommt etwa die Zerstörung der Fabrik einer Gesellschaft durch Feuer in Betracht. Fälle dieser Art haben heute allerdings an Bedeutung verloren, da solche Risiken in der Regel durch Versicherungen gedeckt sind. Ist dies der Fall, unterstellt die Rechtsprechung den Parteiwillen, dass die Versicherungssumme zur Wiederherstellung des zerstörten Unternehmens bestimmt sei und die Gesellschaft nicht aufgelöst werden soll. In diesen Fällen kann nur die gerichtliche Auflösung der Gesellschaft ein Ende bereiten.

Es bleiben jedoch Fälle übrig, in denen eine Versicherung nicht abgeschlossen oder wirkungslos ist. Eine Erzgrube, für deren Ausbeutung die Gesellschaft lediglich eingegangen wurde, ist erschöpft.³

1) Pic I. no. 571

2) vgl. Req. 3.12.1924, Rev. Soc. 1925.11; Trib. com. Lyon 27.3.1923, J.S. 1924, 119

3) Lyon 23.10.1926. Rev. Soc 1926.334; Thaller et Percerou no. 424; Houpin et Bosvieux no. 135

Wichtig ist in jedem Falle, dass die Sache zur Fortführung des Unternehmens notwendig ist. Hat dagegen der Verlust zwar grosse Bedeutung, macht aber das Betreiben des Unternehmens nicht unmöglich, kann höchstens ein wichtiger Grund zur gerichtlichen Auflösung gegeben sein.¹

Im Rahmen dieses Auflösungsgrundes führt auch die Rücknahme einer staatlichen Konzession unmittelbar zur Auflösung². Dasselbe gilt für den Verfall eines Patentes, dessen Ausbeutung im Monopol den einzigen Gegenstand der Gesellschaft bildete³.

Der Auflösungsgrund der "extinction de la chose" wurde von der Rechtsprechung auch auf Fälle ausgedehnt, die eigentlich nicht unter diesen Begriff fallen, beispielsweise die Nichterlangung einer Konzession⁴ oder die Unmöglichkeit, den Gegenstand der Gesellschaft zu nutzen.⁵ Dasselbe gilt, wenn die Gesellschafter nur fiktive Einlagen geleistet haben.⁶

Ob der ganze Verlust des Gesellschaftskapitals der "extinction de la chose" gleichzustellen ist, ist bestritten.⁷ Gegen die Gleichstellung wird eingewendet, dass dies schwerlich mit Art. 1867 C.civ vereinbar wäre. Die Einlagen seien in das Eigentum der Gesell-

1) Aubry et Rau § 384

2) Baudry-Lacantinerie et Wahl no. 379 ;
vgl. insbesondere Trib.com.de la Seine 22.6.1955
J.S. 1959. 193 mit Anm. Lecompte (Affaire de la
Compagnie universelle du canal maritime de Suez)

3) Lyon-Caen, Renault et Amlaud, Traité t.II no. 308

4) Cass 11.11.1896. D.1897.1.231

5) Hamel-Lagarde no. 475; Escarra, Cours no. 641

6) Paris 23.7.1894 , S. 1895.2.105 mit Anm. Houpin

7) bejahend Houpin et Bosvieux no. 208
Cass. 16. 6. 1873, D. 1874.1. 61

schaft übergegangen und die Gesellschaft trage nun das Risiko nach dem Prinzip " res perit domino " ¹. Bei nur teilweisem Verlust des " Capital social " kommt auf jeden Fall nur eine gerichtliche Auflösung in Betracht.²

Der Auflösungsgrund der " consommation de la négociation " liegt vor, wenn die Gesellschaft im Hinblick auf ein ganz bestimmtes geschäftliches Unternehmen eingegangen wurde und dieses Unternehmen abgeschlossen ist,³

Im Gegensatz zum französischen Recht enthält der entsprechende Katalog des deutschen Handelsgesetzbuches den Fall der Zweckerreichung oder den Untergang des Gesellschaftsobjektes nicht. Diese Tatbestände führen nur bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts zur unmittelbaren Auflösung.

Da aber die Vorschriften über die Gesellschaft bürgerlichen Rechts zur Ergänzung der Vorschriften über die offene Handelsgesellschaft herangezogen werden, fragt es sich, ob dies auch für die Vorschrift über die Auflösung bei Zweckerreichung gilt. Nach der herrschenden Auffassung enthält aber § 131 HGB eine zusammenfassende und abschliessende Aufzählung der unmittelbaren Auflösungsgründe⁴. Verschiedene Autoren vertreten dagegen die Auffassung, dass die Auflösungsgründe des § 726 BGB einem allgemeinen Rechtsgedanken

1) vgl. Art. 1851 C.civ. ; so Pic no. 573

2) Lyon-Caen, Renault et Amiaud, Traité t. II no. 308
Baudry-Lacantinerie et Wahl no. 462; Cass. 13.12.26
Rec. jur. soc. 1927. 187 mit Anm. Lardeur

3) Houpin et Bosvieux I. no. 209

4) Staub Anm. 5 zu § 131; Weipert Anm. 31 zu § 131
Hueck, oHG S. 253

entspringen, der neben § 131 HGB Geltung haben müsse¹.

Der Verlust des der Gesellschaft dienenden Gutes ist im deutschen Recht kein unmittelbar wirkender Auflösungsgrund. Er kann höchstens einen Grund zur gerichtlichen Auflösung bilden. Auch die Rücknahme einer öffentlich-rechtlichen Erlaubnis zum Geschäftsbetrieb oder die Untersagung der Fortsetzung des Betriebes löst die Gesellschaft nicht auf². Es fehlt an einer entsprechenden Statuierung im Gesetz.

Die Vielzahl der unmittelbar wirkenden Auflösungsgründe im französischen Recht ist rechtspolitisch nicht empfehlenswert. In vielen Fällen wird es nicht erkennbar sein, ob der Gesellschaftszweck erreicht oder unmöglich geworden ist. Ausserdem können die Gesellschafter auch einen anderen Gesellschaftszweck vereinbaren und die Gesellschaft fortführen. Ist dagegen offensichtlich, dass der Gesellschaftszweck erreicht ist oder dessen Erreichung unmöglich geworden ist, kann damit gerechnet werden, dass die Gesellschafter einen Auflösungsbeschluss fassen. Bei unbegründeten Weigerungen würde eine Auflösungsklage zum Ziele führen. Damit wäre auch dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit Genüge getan.

-
- 1) Düringer-Hachenburg § 131 Anm. 10; Neufeld-Schwarz Anm. 2 zu § 131; Teichmann-Köhler Anm. 2 zu § 131. Eine Mittelmeinung vertritt Ritter, Anm. 10 zu § 131: Er nimmt an, dass durch die Erreichung des Gesellschaftszwecks eine Voraussetzung für eine wirksame offene Handelsgesellschaft weggefallen sei und die Gesellschaft deshalb aufhöre, eine offene Handelsgesellschaft zu sein. Aus ihr sei eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts geworden, die nach § 726 BGB aufgelöst sei.
- 2) vgl. RGZ 124, 298;

IX. Die Auflösung bei Wegfall der Geschäftsfähigkeit eines Gesellschafters

Sicher ist es auf den besonders stark ausgeprägten Intuitus-personae-Charakter der Personalgesellschaften zurückzuführen, wenn Art. 1865 - 4 C.civ. bei Entmündigung eines Gesellschafters - interdiction judiciaire - die Gesellschaft unmittelbar auflöst¹.

Der interdiction judiciaire wird die interdiction légale, die eine Nebenfolge entehrender Strafen ist und den Verurteilten für die Dauer der Strafe seiner bürgerlichen Rechte beraubt, gleichgestellt². Beide Tatbestände haben dieselbe Wirkung. Sie belegen einen Gesellschafters mit einer allgemeinen rechtlichen Unfähigkeit. Der Betroffene kann nicht Kaufmann und damit auch nicht associé en nom sein.³

Gleichzubehandeln ist auch ein unter Pflegschaft stehender Gesellschafters. Er erhält einen "tuteur" oder "administrateur", der beim Abschluss des Vertrages nicht in Erscheinung getreten ist. Man ist sich darin einig, dass von den übrigen Gesellschaftern nicht verlangt werden kann, diesen Fremden, den sie unter Umständen überhaupt nicht kannten und dem sie auch nicht ihr Vertrauen geschenkt haben, in der Gesellschaft zu

-
- 1) interdiction judiciaire par cause d'imbécillité, de démence ou de fureur
 - 2) Escarra, Cours no. 651; Lyon-Caen, Renault et Amiaud, Traité t. II no. 320; Baudry-Lacantinerie et Wahl, no. 414; Bestritten ist, ob schon die Unterbringung in einer geschlossenen Anstalt genügt. Bejahend: Thaller et Pic, no. 587; ablehnend: Baudry et Wahl no. 416; Houpin et Bosvieux, no. 145
 - 3) vgl. Pic, no. 403

dulden¹. Es ist deshalb das Prinzip des Intuitus personae, das die Auflösung der Gesellschaft verlangt.

Die genannten Auflösungsgründe sind nicht zwingender Natur. Es kann deshalb in jedem Falle die Fortsetzung mit dem interdit vorgesehen oder nachträglich vereinbart werden, zumal es nicht notwendig ist, dass sich alle Gesellschafter an der Geschäftsführung beteiligen. Der Gesetzgeber normierte diese Tatsachen nur deshalb als Auflösungsgründe, weil er von dem dahingehenden mutmasslichen Willen der Parteien ausging.² Den Schutz Dritter hatte er nicht im Auge.

Im deutschen Recht stellen die genannten Fälle keine Auflösungsgründe dar, die unmittelbar wirken. Diese Lösung entspricht der allgemein geringeren Betonung des Intuitus personae durch den Schöpfer des Handelsgesetzbuches.³

Dass das Auftreten eines Vertreters an Stelle des geschäftsunfähigen Gesellschafters in einer offenen Handelsgesellschaft den Interessen der übrigen Gesellschafter entgegenlaufen kann, ist sicher. Es fragt sich aber, ob es unbedingt notwendig ist, dass die Gesellschaft auf jeden Fall und unmittelbar aufgelöst wird. Gerade im Hinblick auf die erwünschte Bestandsicherung ist hier mit der gerichtlichen Auflösung auszukommen, wobei die genannten Tatbestände selbst nicht in jedem Falle einen wichtigen Grund zur Auflö-

-
- 1) vgl. beispielsweise Julliot de la Morandière a.a.O. no.402: "Il ne saurait être question de remplacer l'interdit par son tuteur, ni de subordonner les décisions du prodigue ou du faible d'esprit à l'assentiment de son conseil judiciaire. La société en nom collectif est intimement conclue entre divers associés à raison même de leurs personnes; vgl. auch Cass. 28.3.1892, D.92.1.265; Thaller et Pic. no.433; Picard 586
- 2) Baudry-Lacantinerie et Wahl no. 419
- 3) z.B. auch freiere Übertragbarkeit der Gesellschaftsanteile; anders noch Art. 123 Nr. 4 ADHG

bilden. Die Rechtsprechung ist der Auffassung, dass die Entmündigung eines Gesellschafters dann keinen wichtigen Grund im Rahmen des § 133 HGB darstellt, wenn sich der betreffende Gesellschafter nie um die kaufmännischen Angelegenheiten gekümmert hat und nach aussen auch nicht für die Gesellschaft aufgetreten ist, deshalb auch nicht zu Tage tritt, dass der Gesellschafter entmündigt ist. Darüber hinaus ist bei der Beurteilung, ob ein wichtiger Grund vorliegt, zu berücksichtigen, dass die Erschwerung des Geschäftsverkehrs durch die Beteiligung eines Vormundes durch die Ausschlussung des Gesellschafters von der Geschäftsführung gemildert werden kann.¹ Demnach kann die Entmündigung einen wichtigen Grund darstellen. Dies muss aber und wird in den meisten Fällen nicht so sein.

Die französische Lösung widerspricht in starkem Masse dem Bestreben, die Gesellschaft gegen unnötige Auflösungen möglichst zu sichern. Sie lässt die Gesellschaft erst einmal untergehen, auch wenn das Auftreten eines Vertreters überhaupt nicht den Interessen der übrigen Gesellschafter widerspricht. Bedenkt man, dass die Gesellschaft nach eingetretener Auflösung nach französischer Auffassung nicht mehr fortgesetzt werden kann und eine neue Gesellschaft gegründet werden muss, was durch den Widerspruch eines einzelnen oft unmöglich gemacht wird, ist festzustellen, dass der Konflikt zwischen Erhaltung des Unternehmens und *Intuitus personae* unzulänglich gelöst ist.

1) RG in LZ 1932, 1144

X . A n d e r e u n m i t t e l b a r w i r k e n - d e A u f l ö s u n g s g r ü n d e

Der Gesellschaftsvertrag kann die Auflösung der Gesellschaft aus anderen als den gesetzlich normierten Gründen vorsehen. Dies ergibt sich aus der Vertragsfreiheit¹.

Im deutschen Recht gehen aber in der Frage, ob es neben den in § 131 HGB genannten Gründen noch andere ipso iure wirkende Auflösungsgründe gibt, die Meinungen auseinander². Man wird eine abschliessende Aufzählung annehmen müssen. Die Denkschrift zum Handelsgesetzbuch spricht von einer "zusammenfassenden Aufzählung der Tatsachen, durch welche die offene Handelsgesellschaft aufgelöst" wird³. Auch dass ein Teil der Auflösungsgründe der Gesellschaft bürgerlichen Rechts wörtlich in das Handelsgesetzbuch übernommen wurde, spricht für eine abschliessende Aufzählung. Daraus kann eigentlich nur der Schluss gezogen werden, dass die übrigen, nicht übernommenen Auflösungsgründe auf die offene Handelsgesellschaft keine Anwendung finden sollen. Das Handelsgesetzbuch hat nur solche Tatsachen zu unmittelbar wirkenden Auflösungsgründen erklärt, die ohne besondere Schwierigkeiten feststellbar sind und über deren Vorliegen es im allgemeinen keinen Streit geben kann. Das Zurückgreifen auf die anderen Auflösungsgründe hätte eine erhebliche Verkehrsunsicherheit zur Folge,

1) vgl. Weipert § 131 Anm. 31

2) Für erschöpfende Aufzählung: Hueck, oHG S. 253; Schlegelberger § 131 Anm. 35; RG in Holdheims Monatsschrift 15, 184. Für die zusätzliche Anwendung der für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts geltenden Auflösungsgründe: Düringer-Hachenburg, § 131 Anm. 10; Neufeld-Schwarz, § 131 Anm. 2; Teichmann-Koehler, § 131 Anm. 2

3) Denkschrift I, S. 97

die bestimmt nicht im Sinne des Gesetzgebers liegen kann.¹

Das französische Recht hat eine ganz andere Einstellung zur Verkehrssicherheit. Neben den in Art. 1865 und den folgenden Artikeln des Code civil aufgezählten Gründen kennt es noch andere Auflösungsgründe, die unmittelbar wirken.

Ein Beispiel ist der Wegfall eines für die Gesellschaft wesentlichen Elementes, womit besonders die Voraussetzungen für das Bestehen der juristischen Person gemeint sind.²

Weitere Fälle sind die Rücknahme der Emanzipation eines minderjährigen Gesellschafters oder seiner Erlaubnis, ein Handelsgewerbe zu betreiben.

Ist ein Gesellschafter zugleich gérant statuaire, so ist die auftretende rechtliche Unfähigkeit, gérant zu sein, ein unmittelbar wirkender Auflösungsgrund.³

Auch die "perte d'un apport" führt zur unmittelbaren Auflösung. Dieser Grund ist gegeben, wenn der von einem Gesellschafter einzubringende Gegenstand vor seiner Einbringung untergeht. Geht der Gegenstand erst nachher unter, kann höchstens der Auflösungsgrund der "perte de l'objet"⁴ vorliegen, dann nämlich, wenn es sich um den hauptsächlichsten Gegenstand der Gesellschaft handelt.⁵ - Im deutschen Recht dagegen kommt es in diesem Fall der Nichterfüllung darauf an,

1) vgl. Weipert, § 131 Anm. 31

2) etwa die Vereinigung aller Anteile in einer Hand. vgl. Ripert, no. 771

3) Lyon-Caen, Renault, Manuel no. 252; Pic no. 453 ; A.A. Ripert a.a.O.

4) siehe oben S. 79 ff.

5) vgl. Dalloz Rep. Société no. 223; Baudry-Lacantinerie et Wahl no. 434, 336

ob die Gesellschaft schon zur Ausführung gelangt ist. Ist dies nicht der Fall, kommt lediglich ein Rücktritt in Betracht¹. Andernfalls haben die Gesellschafter die Möglichkeit der gerichtlichen Auflösung. Zunächst ist durch Auslegung des Gesellschaftsvertrages festzustellen, ob der betreffende Gesellschafter an Stelle der unmöglich gewordenen Leistung eine entsprechende Geldeinlage zu leisten hat. Es ist zu untersuchen, ob der Gesellschafter trotzdem zur Beteiligung an der Gesellschaft verpflichtet ist. Möglich ist, dass die unmöglich gewordene Leistung nur die konkrete Form sein sollte, in der der Vermögensbeitrag in erster Linie zu erbringen war.² Diese Lösung ist der französischen vorzuziehen, da eine Auflösung ipso iure nicht unbedingt im Interesse der Beteiligten liegen muss.

Auch aus Art. 1841 C.civ ergibt sich ein Auflösungsgrund für die *société en nom collectif*. Die Ordonnance vom 19. Dezember 1958³ löste die umstrittene Frage der Zulässigkeit von Gesellschaften unter Ehegatten. Nach dieser Ordonnance können Ehegatten nicht zusammen unbeschränkt und solidarisch in einer Handelsgesellschaft haften. Die Folge davon ist, dass eine *société en nom collectif*, in der dieser Tatbestand vorliegt, aufgelöst wird, wenn zwei Gesellschafter heiraten⁴.

1) vgl. Hueck, OHG S. 41

2) so Hueck a.a.O.; ebenso Weipert § 105 Anm 83; Schlegelberger § 105 Anm 51

3) Ordonnance 19.12.1958, J.C.P. 1958.III. 23 785

4) vgl. Hémard D. 1959, 27 und Thaller et Pic no. 594, Escarra no. 641

V i e r t e r A b s c h n i t t

D i e A u f l ö s u n g d u r c h g e r i c h t - l i c h e E n t s c h e i d u n g

I. Grundlagen und Anwendungsgebiet

Beim Vorliegen bestimmter Tatsachen kann es geradezu unumgänglich sein, eine Gesellschaft auch vor Ablauf der Gesellschaftsdauer und trotz Ausschlusses des Kündigungsrechtes gegen den Willen einzelner Gesellschafter aufzulösen. Die nicht nur in wirtschaftlicher Hinsicht bestehende, besonders enge Bindung zwischen den Gesellschaftern verlangt, dass sich ein Gesellschafter beim Vorliegen eines wichtigen Grundes lösen kann.

Dieser Grundsatz gilt im Prinzip bei allen Dauerschuldverhältnissen, auch bei jenen, wo kein solch enges persönliches Verhältnis besteht.¹ Auf Grund dieser Überlegungen gaben die Gesetzgeber sowohl den Gesellschaftern einer offenen Handelsgesellschaft, als auch denen einer société en nom collectif das Recht, beim Vorliegen eines "wichtigen Grundes", eines "juste motif", die Gesellschaft durch ausserordentliche Kündigung zur Auflösung zu bringen. Aus Gründen der Rechtssicherheit und in Anbetracht der Bedeutung der Frage konnte es aber den Gesellschaftern nicht überlassen werden, ob gewisse Umstände als genügend schwerwiegend anzusehen sind, um die Gesellschaft aufzulösen. Die Gesetzgeber knüpften deshalb die Auflösung der Gesellschaft an eine gerichtliche Entschei-

1) vgl. Würdinger AcP (n.F.) 24, 145; Hueck, oHG S. 270 Bellwinkel a.a.O. S.11

dung. Im deutschen wie im französischen Recht hat jeder Gesellschafter einzeln das Recht, die Auflösung der Gesellschaft durch Klageerhebung zu verlangen.¹ Mit Rechtskraft des Urteils tritt dann die Auflösung ein.²

Die Auflösungsklage wird hauptsächlich bei der auf bestimmte Zeit abgeschlossenen Gesellschaft in Anspruch genommen werden, weil bei der auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Gesellschaft wegen des vorhandenen Kündigungsrechtes kaum ein Bedürfnis hierzu bestehen wird. Trotzdem fragt es sich, ob auch ein Gesellschafter einer auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Gesellschaft das Recht zur Klage hat.

Für das deutsche Recht ist dies nach dem Wortlaut des § 133 HGB zu bejahen.

Art. 1871 C.civ spricht dagegen nur von einer "société à durée limitée". Der Gesetzgeber hielt offenbar eine Klagemöglichkeit bei einer Gesellschaft mit unbestimmter Dauer für nicht notwendig. Unbilligkeiten können sich aber dann ergeben, wenn die Gesellschafter eine lange Kündigungsfrist vereinbart haben oder auf das Recht zur Kündigung für einen längeren Zeitraum verzichtet haben. In diesen Fällen müsste eigentlich der Gesellschafter, der zeitweise kein Kündigungsrecht hat, dem Gesellschafter einer Gesellschaft mit bestimmter Dauer gleichgestellt werden. Diese Gründe haben die Wissenschaft und die Rechtsprechung bewogen, auch bei diesen Gesellschaften eine gerichtliche Auflösung zuzulassen. Art. 1871 sei eine Vorschrift, die

-
- 1) vgl. § 133 HGB und Art. 1871 C.civ.
 - 2) Req. 2.6.1947, D.P.1947.1.3720; Houpin et Bosvieux no. 223.-
Flechtheim in JW 1926,699; RG 112,280: Das Auflösungsurteil ist in beiden Rechtsordnungen konstitutiver und nicht deklaratorischer Natur.

"de eo quod plerumque fit" handle¹. Teilweise wird allerdings ein besonderes Interesse des Klägers gefordert.² Würde man die Klage immer zulassen, so könnte ein Gesellschafter die übrigen Gesellschafter in überflüssige Rechtsstreite verwickeln. Um dies zu vermeiden, stellt auch die deutsche Wissenschaft und Rechtsprechung den Grundsatz auf, dass ein Gesellschafter in der Regel dann nicht aus § 133 HGB klagen darf, wenn er mit sofortiger Wirkung oder mit zumutbarer Frist kündigen kann³. Dies folgt aus der Regel, dass die Auflösungsklage nur der letzte Rechtsbehelf bilden soll.

II. Die Stellung der Auflösungsklage im Rechtssystem

Handelt es sich bei der Auflösung aus wichtigem Grund um "ein der offenen Handelsgesellschaft Eigentümliches Rechtsinstitut"⁴ oder lediglich um einen Anwendungsfall einer anderen Vorschrift?

Die Frage ist insofern von Bedeutung, als die richtige Einordnung Erkenntnisse über Sinn und Zweck dieser Einrichtung zu geben vermag und auch die Beantwortung der bedeutsamsten Frage, nämlich, wann ein "wichtiger Grund" vorliegt, erleichtert wird.

-
- 1) Lyon-Caen, Renault et Amiaud, Traité t. II no. 333 Baudry-Lacantinerie et Wahl, no. 458
 - 2) Pic, no. 576 verlangt, dass ein Gesellschafter Grund zu der Annahme hat, dass die Kündigung von den Mitgesellschaftern als unwirksam erklärt wird (ebenso Thaller et Percerou, no. 430; Cass. 4.2.1895, S. 1895. 1.120) oder dass es zweifelhaft ist, ob einer der ipso iure wirkenden Auflösungsgründe gegeben ist, oder ~~oder~~ nur ein teilweiser Verlust des Gesellschaftsvermögens vorliegt.
 - 3) OGH Köln in NJW 1949, 823; Hueck, oHG S. 271; Weipert § 133 Anm. 4; Düringer-Hachenturg, Anm. 2 zu § 133
 - 4) so Bellwinkel S. 78

Die französische Wissenschaft glaubt, in Art. 1871 C.civ. einen Anwendungsfall des Art. 1184 C.civ., der die Folgen der Nichterfüllung von Vertragspflichten behandelt, erblicken zu können.¹ Die Heranziehung dieser Vorschrift wird verständlich, wenn man daran denkt, dass der Gesellschaftsvertrag nach französischer Auffassung als synallagmatischer Vertrag angesehen wird.² Nach Art. 1184 C.civ. gilt bei allen synallagmatischen Verträgen eine auflösende Bedingung für den Fall als vereinbart, dass ein Vertragspartner seinen Vertragspflichten nicht nachkommt. Der Grad der Verwandtschaft beider Bestimmungen ist durch die veränderte Ansicht über das Anwendungsgebiet des Art. 1184 noch näher geworden. Der Bereich dieser Vorschrift wurde von der "inexécution fautive" auf die "inexécution fortuite" ausgedehnt.³ Auf einen Unterschied wird aber besonders abgehoben: Nach Art. 1871 kann ein Gesellschafter, der selbst von einem zufälligen Ereignis betroffen wird, die Auflösung der Gesellschaft verlangen, während er nach Art. 1184 keine Rechte hat.⁴

Im deutschen Recht, das den Gesellschaftsvertrag überwiegend nicht als gegenseitigen Vertrag ansieht,⁵ kann das Institut der Auflösung bei wichtigem Grunde nicht als Anwendungsfall einer anderen Vorschrift angesehen werden. Dies gilt besonders für die §§ 320 ff. BGB. Die Regelung lässt sich lediglich neben die Lösungsmöglichkeiten bei anderen Dauerschuldverhältnissen

1) Hamel-Lagarde, no. 477; Pic, no. 578; Cass. 22.3.1922, S. 1922.2.14; Lyon-Caen, Renault et Amiaud, Traité, II no. 332;

2) vgl. Duquesnoy S. 29 f.

3) vgl. Planiol, Ripert et Esmein t. VI no. 413

4) Hamel-Lagarde no. 477

5) Staudinger-Geiler § 705 BGB Anm. 3; vgl. aber RG 147, 340; Nach Hueck liegt ein gegenseitiger Vertrag im weiteren Sinne vor, a.a.O. S. 270

stellen, die ebenfalls durch persönliches Mitwirken zu erfüllende Verpflichtungen oder ein Vertrauensverhältnis zum Inhalt haben.¹

III. Der Begriff des "wichtigen Grundes" und des "juste motif"

Sieht man Art. 1871 C.civ. als einen Anwendungsfall des Art. 1184 C.civ an, ist immer dann ein "juste motif" anzunehmen, wenn eine Nichterfüllung vertraglicher Pflichten vorliegt. Art. 1871 C.civ führt auch beispielhaft diesen Fall auf.²

Duquesnoy, der sich am eingehendsten mit dem Problem einer Begriffsbestimmung befasst hat, nimmt dann ein "juste motif" an, wenn eine Beeinträchtigung der causa des Gesellschaftsvertrages gegeben ist. Zur causa des Gesellschaftsvertrages zählt er jede allgemein wesentliche Bestimmung des Gesellschaftsvertrages und auch jede Vereinbarung, die die Parteien als ausschlaggebend für den Vertragsschluss angesehen haben.³

Weitere Versuche, den Begriff des "juste motif" zu bestimmen, hat die französische Wissenschaft nicht unternommen.

Die deutsche Wissenschaft und Rechtsprechung fasst die Bestimmung über die Auflösungsklage als "eine auf

1) vgl. Hueck, oHG S. 270

2) "... qu'un associé manque à ses engagements ..."

3) Duquesnoy a.a.O. S. 24 f. umschreibt die causa des Gesellschaftsvertrages folgendermassen:
"une collaboration de tous les associés à une oeuvre déterminée et par ce moyen la réalisation de bénéfices dont une part sera attribuée à chaque associé". Bei der Personalgesellschaft sei darüberhinaus das persönliche Element, der intuitus personae als ein Bestandteil der causa anzusehen.

Unzumutbarkeit abgestellte Vorschrift" auf.¹ Ein wichtiger Grund liegt danach immer dann vor, wenn einem Gesellschafter nach Treu und Glauben die Fortsetzung der Gesellschaft bis zum vertragsmässig vorgesehenen Ende oder bis zum nächsten Kündigungstermin nicht mehr zugemutet werden kann.²

Nach Weipert ergibt sich die Begriffsbestimmung des wichtigen Grundes aus dem Zweck der Vorschrift, nämlich "die Auflösung einer Gesellschaft zu ermöglichen, wenn sich dies aus dem Zweck der Gesellschaft und den Belangen der Gesellschafter rechtfertigt!"³

Behrend sieht solche Tatsachen als wichtige Gründe an, durch welche die Erreichung des Gesellschaftszwecks unmöglich gemacht oder wesentlich erschwert wird.⁴

Genauer ist die Begriffsbestimmung von Düringer-Hachenburg. Ein wichtiger Grund ist dann gegeben, wenn mit Rücksicht auf die vorgebrachten Gründe ein gedeihliches Zusammenwirken der Gesellschafter ausgeschlossen ist und dem Kläger die Fortführung des Gesellschaftsverhältnisses unter diesen Umständen nicht zugemutet werden kann.⁵

Es ist festzustellen, dass fast durchweg auf die Unzumutbarkeit einer Fortsetzung für den Klagenden abgestellt wird.⁶

1) OGH Köln, NJW 1949, 823; RGZ 105, 378

2) so Hyeck, oHG S. 271

3) Weipert § 133 Anm. 5

4) Behrend S. 542

5) Düringer-Hachenburg § 133 Anm. 3

6) anders lediglich Würdinger, Gesellschaften S. 138: Es sei zu erwägen, "ob tatsächlich bei Würdigung aller Interessen die Kündigung aus wichtigem Grund die einzige in Betracht kommende Möglichkeit ist, dem an sich beachtlichen Wünsche des kündigenden Gesellschafters auf Lösung seiner Beziehungen zu der Gesellschaft Rechnung zu tragen". vgl. auch Molitor a.a.O. S. 295

Es hat den Anschein, dass im deutschen wie im französischen Recht die Interessen des auf Auflösung klagenden Gesellschafters den Ausschlag geben. Die an sich zu berücksichtigenden Interessen der übrigen Gesellschafter, des Unternehmens und der Volkswirtschaft sind in den Definitionen nicht enthalten. Der Grund dafür liegt wohl in einer zu starken Betonung der "kontraktuellen" Seite des Unternehmens.¹

Um keine falschen Vorstellungen hervorzurufen, soll vorweggenommen werden, dass die Rechtsprechung beider Länder Korrektive entwickelt hat, die in vielen Fällen auch eine Berücksichtigung von Belangen der anderen Gesellschafter und von Unternehmensinteressen zur Folge haben. Besonders der Begriff des "juste motif" hat eine gewisse Wandlung erfahren. Die Betrachtung der Rechtsprechung wird zeigen, dass die ursprünglich zutreffende Anschauung, Art. 1871 C.civ sei nichts als ein Anwendungsfall des Art 1184 C.civ, nicht mehr ganz der tatsächlichen Handhabung der gerichtlichen Auflösung entspricht.

IV. Das richterliche Ermessen

Die Frage, wie frei der Richter bei der Annahme eines "wichtigen Grundes", eines "juste motif" ist, hat für das Problem der Unternehmenserhaltung grosse Bedeutung. Steht dem Richter ein freies Ermessen zu, wäre er auch beim Vorliegen eines wichtigen Grundes nicht zum Ausspruch der Auflösung verpflichtet.

1) Bei der Betrachtung der Begriffsbestimmungen denkt man an die Bemerkung Schmalenbachs in einem anderen Zusammenhang, dass "nach Juristenart allzusehr auf die Parteien und den Vertrag und nicht die dahinter stehende viel wichtigere Sache gesehen" wird. a.a.O. S.83

Er könnte insbesondere auch ausserhalb des Vertragsverhältnisses liegende Umstände berücksichtigen und von einer Auflösung absehen, wenn Belange der Volkswirtschaft dies wünschenswert erscheinen lassen. Ist dagegen die Ermessensfreiheit eng begrenzt, weil etwa der Richter nur darauf abstellen darf, dass die Fortsetzung für den Kläger unzumutbar ist, wäre die Berücksichtigung dieser Gesichtspunkte eine sachfremde Erwägung, ein der gesetzlichen Ermächtigung nicht entsprechender Beweggrund.

Ausgangspunkt der Überlegungen sei § 133 I HGB: die Auflösung durch gerichtliche Entscheidung "kann" ausgesprochen werden. Das Reichsgericht schloss aus dieser Ausdrucksweise, der Richter brauche die Auflösung selbst bei Vorliegen eines "wichtigen Grundes" nicht auszusprechen. Es sei nicht ersichtlich, weshalb der Gesetzgeber das Wort "kann" gewählt hätte, wenn er dem Richter kein Ermessen hätte einräumen wollen, zumal es einfach gewesen wäre, eine gewollte Bindung des Richters eindeutig zum Ausdruck zu bringen. ¹

Die herrschende Lehre teilt diese Auffassung nicht. Auch sie billigt dem Richter insoweit, als es um die Annahme eines "wichtigen Grundes" geht, Ermessensfreiheit zu. Der Richter ist aber zum Ausspruch der Auflösung verpflichtet, wenn er einen wichtigen Grund zur Auflösung annimmt. ² Das Reichsgericht ging später von seiner früheren Meinung ab ³ und schloss sich Staub und Düringer-Hachenburg an.

1) RGZ 105,376: Durch das Einschalten eines Pflegers waren erhebliche Unzuträglichkeiten entstanden, nachdem sich der Kläger Eingriffe in die Geschäftsführung angemasst hatte. Das Reichsgericht nahm einen "wichtigen Grund" an, wies aber trotzdem die Klage ab.

2) Düringer-Hachenburg § 133 Anm.12; Staub-Pinner, §133 Anm 13; Katz in ZHR 70,94; Breit in JR 1926,770

3) RGZ 122,314

Herrschende Meinung ist demnach, dass dem Richter bei der Beurteilung, ob ein "wichtiger Grund" gegeben ist, ein Ermessensspielraum zusteht. Nimmt der Richter einen "wichtigen Grund" an, muss er der Auflösungsklage stattgeben.¹

Nachdem der Begriff des "wichtigen Grundes" von der Wissenschaft und in ständiger Rechtsprechung eng umschrieben worden ist, ist dem Richter ein Abstellen auf andere Gesichtspunkte als die in den Begriffsbestimmungen enthaltenen nicht möglich. Eine Berücksichtigung anderer Belange wäre nur bei einer anderen Fassung des Begriffes möglich. Dem würde nichts im Wege stehen, nachdem der Gesetzgeber durch die unbestimmte Fassung für eine Rechtsfortbildung Platz gelassen hat.²

Das französische Recht bewertet die Frage, ob eine "cause légitime" gegeben ist, als Ermessensentscheidung.³

Der französische Richter ist aber in seiner Entscheidung viel freier, weil Wissenschaft und Rechtsprechung den Begriff des "juste motif" nicht durch eine Definition eingeengt haben. Der französische Richter ist nicht gezwungen, hauptsächlich auf die Zumutbarkeit einer Fortführung für den Kläger abzustellen. Er kann daneben auch ausserhalb des Vertragsverhältnisses liegende Belange berücksichtigen.⁴

1) Würdinger, Gesellschaften S. 138

2) Escarra, Cours no. 642 sagt bezüglich der Rechtspraxis bei Vorliegen des Auflösungsgrundes der "méintelligence": "Le Code civil lui-même autorise cette généralisation en ne donnant qu'à titre d'exemples deux justes motifs de dissolution".

3) Cass. com. 15.2.1955, Bull. cass. 1955.3.491; Ripert no. 775; Hamel-Lagarde no. 477; (Ripert a.a.O.: "le tribunal saisi a un large pouvoir d'appréciation, car il doit juger la gravité du motif invoqué")

4) vgl. z.B. Chambéry 20.2.1905, D. 1907.2.118

Eine Nachprüfung durch die Cour de Cassation ist ausgeschlossen¹. Nachprüfbar ist lediglich, ob der Begriff des "juste motif" verkannt wurde². Kam es aber einmal zu einer Nachprüfung durch die Cour de Cassation, hob sie immer auf den "Pouvoir souverain d'appréciation" ab und nahm keine Verkenntung des Begriffes des "juste motif" an. Das ist bei der Unbestimmtheit des Begriffes auch nicht verwunderlich.

In beiden Rechten steht demnach dem Richter bei der Beurteilung, ob die Gesellschaft aufzulösen ist, ein Ermessen zu. Die Möglichkeit, Belange der Volkswirtschaft zu berücksichtigen, ohne sachfremde Erwägungen anzustellen, hat aber nur der französische Richter. Den deutschen Richter hindert hieran die Auffassung, dass es sich bei § 133 HGB um eine "auf Zumutbarkeit abgestellte Vorschrift" handle³. Könnte der Richter auch die genannten anderen Gesichtspunkte bei seiner Ermessensausübung verwerten, wäre dies mit dem Begriffsinhalt nicht vereinbar. Es würde bedeuten, "dass dem Kläger die Fortsetzung der Gesellschaft zuzumuten ist, obgleich ihm nicht zuzumuten ist"⁴.

An dieser Überlegung zeigt es sich, dass die gerichtliche Auflösung nur dann ein wirksames Mittel zur Unternehmenserhaltung darstellt, wenn man von der üblichen Begriffsbestimmung abgeht.⁵

1) Cass. 19.1.1904, S. 1910.1.142; 3.7.1919, J.S. 1922.221; 13.3.1922, J.S. 1933.283

2) Cass. 13.3.1922, J.S. 1923.283; Cass. 4.1.1944, Gaz. Pal. 1944.1.144

3) RGZ 105, 376 f.; OGH in NJW 1949, 823 f.

4) so Breit in JR 1926, 770

5) vgl. auch Würdinger, Gesellschaften S. 138 - Erst dann wäre die Freiheit des deutschen Richters mit der des französischen vergleichbar, von dem Schaeffer sagt, er, der sonst ein Offiziant sei, sei zum Minister geworden. (a.a.O. S. 231)

V. Die wichtigen Gründe im einzelnen - Die Rechtsprechung

Beispielhaft führen der französische und der deutsche Gesetzgeber die Verletzung von Vertragspflichten als wichtigen Grund an.

Das Handelsgesetzbuch sieht einen "wichtigen Grund" dann als gegeben an, wenn ein anderer Gesellschafter als der Kläger eine ihm nach dem Gesellschaftsvertrag obliegende Verpflichtung vorsätzlich oder aus grober Fahrlässigkeit verletzt oder wenn die Erfüllung einer solchen Verpflichtung unmöglich wird.

Nach dem Code civil ist ein "juste motif" anzunehmen, "lorsqu'un autre associé manque à ses engagements"¹.

Damit haben die Gesetzgeber den am häufigsten Fall als Beispiel herausgegriffen. Dass es daneben noch viele andere "wichtige Gründe" gibt, zeigt sich an der nur beispielhaften Anführung.

Andere "wichtige Gründe" sind insbesondere die Unrentabilität des Gesellschaftsunternehmens, die persönliche Verfeindung der Gesellschafter oder der Wegfall des gegenseitigen Vertrauens und im deutschen Recht die Erreichung des Gesellschaftszwecks.

Im folgenden soll zunächst auf das deutsche, sodann auf das französische Recht eingegangen werden.

1) Liegt eine solche Pflichtverletzung vor, fragt es sich, ob der Richter unter allen Umständen die Auflösung auszusprechen hat oder ob er auch bei den vom Gesetzgeber genannten Fällen die zuvor festgestellte Ermessensfreiheit hat. Wollte der Gesetzgeber lediglich auf charakteristische Fälle von möglichen wichtigen Gründen hinweisen? Die h.L. in Deutschland gibt dem Richter auch hier einen Ermessensspielraum. (vgl. Weipert §133 Anm.7; A.A. Staub-Pinner Anm.13 zu § 133). Auch im französischen Recht ist es h.L., dass die in Art. 1871 C.civ. aufgezählten Gründe "une simple indication" sind, und die Ermessensfreiheit auch bei deren Vorliegen unbeschränkt gegeben ist. (vgl. Pic I. no. 577).

In der deutschen Rechtsprechung sind etwa folgende Pflichtverletzungen als mögliche "wichtige Gründe" angesehen worden:¹ Das Unterlassen der Buchführung durch den damit beauftragten Gesellschafter, unordentliches Buchführen, dauerndes Fernbleiben vom Geschäft, unsachgemäße Geschäftsbehandlung, eigenmächtige Abschlüsse, ungewöhnliche Kreditgewährung, ungehörige Behandlung der Mitgesellschafter, Unredlichkeit, Unterschlagung von Gegenständen des Gesellschaftsvermögens, Verschaffung persönlicher Vorteile zu Lasten der Gesellschaft.² Als weitere Fälle kommen in Betracht, das Nichtleisten von Einlagen, Tötlichkeiten³, Beleidigungen⁴ und Verleumdungen⁵.

Die Verfeindung, die auf den verschiedensten Tatsachen beruhen kann, ist als Auflösungsgrund anerkannt, der neben den Pflichtverletzungen zum Zuge kommen kann. Ist die Verfeindung dergestalt, dass einem Gesellschafter nicht mehr zugemutet werden kann, zusammen mit den anderen Gesellschaftern in der Gesellschaft zu bleiben, rechtfertigt sich die Auflösung der Gesellschaft. Notwendig ist allerdings, dass ein gedeihliches Zusammenarbeiten ausgeschlossen ist.⁶

Als Auflösungsgründe aus dem ökonomischen Bereich des Unternehmens kommen die Unrentabilität und wirtschaftliche Schwierigkeiten in Frage. Der Grund dafür ist, dass Zweck einer offenen Handelsgesellschaft die Gewinnerzielung ist. Vom wirtschaftlichen Standpunkt aus verdient ein Unternehmen nur solange seine Daseins-

1) vgl. die Aufzählung vom OLG Nürnberg, BB 58, 1001

2) RGZ 107, 204

3) ROH 24, 308

4) RG in LZ 14, 1036

5) ROH 20, 268

6) RG in JW 1929, 1360; 1938, 1393; BGH in DB 1960, 143
 OLG Köln in DB 1963, 860

berechtigung, als es rentabel ist¹. Nur zeitweise Unrentabilität hat dagegen als wichtiger Grund auszuscheiden, da jeder Kaufmann mit Krisen zu rechnen hat. Nur wenn die Unrentabilität von längerer Dauer ist, rechtfertigt sie die Zerschlagung des Unternehmens.²

Das Gesetz verlangt bezüglich der Pflichtverletzung eine Verletzung wesentlicher Pflichten. Daraus ist zu schliessen, dass überhaupt für eine Auflösung gewichtige Gründe vorliegen müssen. Leichte Verletzungen von Vertragspflichten, Verfeindungen leichter Art, d.h. solcher, die ohne schwerwiegende Gründe zustandegekommen sind, oder nur zeitweilige Unrentabilität scheiden als Auflösungsgründe aus.³

In Anbetracht der Tatsache, dass die Auflösung einer Personalgesellschaft sehr oft zur Folge hat, dass ein Teil der Gesellschafter ihre Lebensstellung einbüßen, hat die Rechtsprechung die Annahme eines wichtigen Grundes an weitere Voraussetzungen geknüpft. Sie stellte den Grundsatz auf, ein wichtiger Grund sei nur dann anzunehmen, wenn die vorgebrachten Tatsachen die Auflösung als unumgänglich erscheinen lassen. Kann schon durch die Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis eines Gesellschafters ein für den Kläger annehmbares Ergebnis erzielt werden, liegt kein wichtiger Grund vor.⁴ Ein wichtiger Grund ist auch nicht vorhanden, wenn die Beteiligten in der Lage sind, durch andere Massnahmen, insbesondere durch eine Änderung des Gesellschaftsvertrages, Abhilfe zu

1) RG in LZ 1907, 139; 1916, 40

2) Düringer-Hachenburg § 133 Anm. 8; Staub-Pinner § 133 Anm. 2 zu § 133;

3) OLG Köln in DB 1963, 860; u.U. kann aber schon der Verdacht eines unredlichen Verhaltens genügen, BGH in DB 1960, 143.

4) vgl. OLG Nürnberg BB 1958, 1001

schaffen. Eine grundsätzliche Umgestaltung der Gesellschaft und der Stellung der Gesellschafter in ihr sowie die Erhöhung ihrer Pflichten wird dabei den Gesellschaftern nicht zugemutet¹. Ein wichtiger Grund ist demnach nur gegeben, wenn alle anderen Mittel versagen.

Alle bei der Abhandlung des deutschen Rechts als geeignete "wichtige Gründe" genannten Tatsachen können grundsätzlich auch im französischen Recht einen Grund für die gerichtliche Auflösung darstellen. Der Unterschied zum deutschen Recht besteht aber in den Anforderungen, die die französische Rechtsprechung an die Gewichtigkeit einer Tatsache stellt.

Die Rechtsprechung hat besonders einen Grundsatz aufgestellt, der eine ganz erhebliche Erhöhung der Anforderungen für die Annahme eines "juste motif" darstellt:

" La mésintelligence doit être de nature à conduire la société à sa ruine ".²

Dieser Grundsatz behandelt eigentlich nur die Missethigkeiten unter den Gesellschaftern. Sie müssen von so schwerwiegender Natur sein, dass sie den Bestand des Unternehmens ernsthaft bedrohen. Der Grundsatz gewinnt aber dadurch an Bedeutung, dass der Auflösungsgrund der "mésintelligence" der am meisten herangezogene ist, da er auch die allermeisten Pflichtverletzungen von Gesellschaftern umfasst, die bekanntlich zu einem feindseligen und unstimmigen Verhältnis führen.³

Die Anwendung dieses Grundsatzes durch die fran-

1) RGZ 146,169 ; 164,257 (264)

2) Levet a.a.O. S. 106; vgl. auch Escarra, Cours no. 842

3) vgl. Cass 24.4.1952, Bull. Cass. 1952.3.125

zösische Rechtsprechung ist in-sofern von Interesse für das vorliegende Thema, als es die deutsche Rechtsprechung bislang ausdrücklich abgelehnt hat, darauf abzustellen, ob der "wichtige Grund" wirtschaftlich nachteilige Folgen für die offene Handelsgesellschaft mit sich bringt.¹

Der Bundesgerichtshof traf den Kern der Problematik. Er führte hierzu aus:

" Die Tatsache, dass die Gesellschaft noch wirtschaftlich rentabel arbeitet, rechtfertigt nicht, die völlige Zerstörung der persönlichen Vertrauensgrundlage als bedeutungslos anzusehen. "²

Im folgenden soll die französische Rechtsprechung daraufhin untersucht werden, inwieweit sie von dem genannten Grundsatz Gebrauch macht.

In einem Arrêt der Cour d'appel von Lyon³ heisst es:

" La mésintelligence entre associés ne peut constituer un des justes motifs de dissolution de la société, prévus par l'art. 1871 C.civ. que si elle présente un caractère de gravité marquée et si elle a pour effet de paralyser le fonctionnement de la société et de la conduire à la ruine."

An einer Entscheidung der Cour de Cassation⁴ wird der Inhalt des Grundsatzes besonders deutlich:

" Une Cour d'appel saisie d'une demande de dissolution d'une société en nom collec-

1) vgl. BGHZ 4, 112; Hueck, OHG S. 322 Anm. 12

2) BGH in LM Nr. 4 zu § 133 HGB

3) Lyon 11.10.1954, D. 1955, 14

4) Cass. 12.12.1934, DH 1935, 82

tif pour cause de mésintelligence entre les associés, peut, tout en constatant que cette mésintelligence entre les associés est grave et regrettable, décider souverainement que des dissentiments entre associés ne sont pas susceptibles d'entraîner la dissolution de la société quand ils n'entravent pas la bonne marche des affaires sociales."

Die Cour de Cassation hält es demnach für keine Verkenennung des Begriffes des "juste motif", wenn darauf abgehoben wird, dass die "mésintelligence entre associés" nur dann einen Auflösungsgrund bilde, wenn sie den Gang des Unternehmens beeinträchtigt.

Die Cour d'appel von Lyon¹ wies die Auflösungsklage wegen "mésintelligence" ab,

" parceque le fond de commerce exploité par la société est loin de périliter. "

Das Gericht hatte zuvor einen Sachverständigen bestellt, der feststellen sollte, ob der vorgebrachte Grund so schwerwiegend sei, dass er den Gang des Unternehmens beeinträchtigt.

Das Tribunal de Commerce von Toulouse² wies eine Klage mit der Begründung ab:

" Les faits allégués et l'instance en dissolution envisagée, s'ils prouvent la mésintelligence des associés, n'ont en rien compromis la marche de la société et ne peuvent entraver le bon fonctionnement de la société dont la prospérité n'est contestée par au-

1) Lyon, Gaz. Pal. 1958.1.252; vgl. auch Beconcon 3.11.1954 Gaz. Pal. 1955.1.142 ; Cass. com 15.2.1955, Bull. Cass. 1955.3.44; Grenoble, 5.10.55, Gaz. Pal. 1955.1.287
 2) Rev. Soc. 1930.119 ; vgl. auch Trib. com. de Lyon 8.1.45 J.S. 1946.239

cune des parties en cause."

In den Entscheidungsgründen eines Urteils der Cour de Cassation aus neuerer Zeit¹ heisst es:

" ... il n'établit nullement que les dissenti-
ments entre associés soient de nature à rend-
re impossible le fonctionnement de la socié-
té et à mettre celle-ci en péril et que loin
de contester la bonne marche de la société
il en proclame au contraire la prospérité,
montrant ainsi que sa demande ne repose pas
sur de "justes motifs".

Damit ist die Handhabung des genannten Grund-
satzes durch die französische Rechtsprechung gekenn-
zeichnet. Das Entscheidende ist, dass sie nicht auf
die Zumutbarkeit einer Fortsetzung für den Kläger ab-
stellt. In erster Linie hält es die französische Recht-
sprechung für massgebend, ob das gesellschaftliche
Unternehmen weiterhin in der-selben Weise weiterge-
führt werden kann. Der Geschäftserfolg des Unterneh-
mens muss zum mindesten beeinträchtigt sein.²

Das dem Richter eingeräumte Ermessen würde ihm
aber auch erlauben, von der Notwendigkeit des "mau-
vais fonctionnement" abzugehen, wenn ihm trotzdem
die Auflösung statthaft erscheint.³

-
- 1) Cass.30.5.1961, Bull.Cass.1961.3.217; vgl. auch Cass.
9.12.1963, Bull.Cass.1963.3.441; 11.5.60, Bull.Cass.
1960.3.161; 15.2.1955, Bull.Cass.1955.3.49
 - 2) vgl. Hamel-Lagarde no.477: " Sans exiger l'impossi-
bilité absolue de réaliser l'objet social, cause pér-
emptoire, les juges demanderont cependant par exemple
que la mésintelligence grave entre associés soit de
nature à rendre très difficile le fonctionnement
de la société". vgl. auch D.Rep., société no.228:
" La mésintelligence n'est toutefois, une cause de
dissolution que si elle est assez profonde et persis-
tante pour compromettre la bonne marche des affaires
sociales. "
 - 3) vgl. Hamel-Lagarde no.477: "Les justes motifs retenues
par les juges du fonds, souverains appréciateurs, per-
mettent à la fois d'élargir le domaine des causes
péremptoires, sévèrement appréciées et d'indiquer
les actions fondées sur le seul mécontentement..."

An einem Arrêt der Cour d'appel von Paris wird dies deutlich:¹

Eine Gesellschaft bestand aus drei Gesellschaftern, darunter einer Frau als gérant statuaire und einem Minderjährigen. Es war zu Vorhaltungen und Drohungen des dritten Gesellschafters gegenüber der Frau und dem Minderjährigen gekommen. Das Gericht ging zwar davon aus, dass eine "mésintelligence" dergestalt sein muss, dass sie den Gang des Unternehmens beeinträchtigt und es "in den Ruin führt". Die Richter verneinten diese Voraussetzung, sprachen aber trotzdem die Auflösung der Gesellschaft aus. Da die Gesellschaft durchaus in guten Verhältnissen war, begründeten sie ihre Entscheidung lediglich damit, dass der "intérêt social" gefährdet sei.²

Die französische Wissenschaft fasste es als aussergewöhnlich auf, dass durch richterliche Entscheidung eine Gesellschaft in Prosperität nur wegen Vorliegens einer "mésintelligence" aufgelöst wurde.³

Der Beweggrund für die aus dem Rahmen der gewohnten Übung herausfallende Entscheidung dürfte das Bestreben gewesen sein, die durch das Verhalten des dritten Gesellschafters gefährdeten Interessen des Minderjährigen zu schützen. Eine solche Auffassung war den besonderen Verhältnissen dieser Gesellschaft bestimmt angemessen. Eine Anwendung auf gewöhnlich gelagerte Fälle würde aber als "radikale Lösung unter Ausserachtlassung der Interessen der anderen Gesellschafter" auf die Ablehnung der Wissenschaft stossen.⁴

1) Paris, 16.12.1942, DC 1944, 77

2) "Que la société ne peut plus continuer son existence sans mettre en péril l'intérêt social".

3) Gabolde zu Paris 16.12.1942, D.C. 1944, 77

4) vgl. Gabolde a.a.O.; Zustimmend aber Baudry-Lacantinerie, no. 464

Die französische Rechtsprechung berücksichtigt demnach mit der Anwendung dieses Grundsatzes in erster Linie die Interessen der anderen Gesellschafter und des Unternehmens. Eine starke Berücksichtigung dieser Belange zwingt aber immer dazu, das für den die Auflösung Begehrenden Zumutbare zu erhöhen.

Ist es zum Normalfall geworden, dass ein Gericht sich bei Vorliegen einer "mésintelligence" nur dann zur Auflösung der Gesellschaft entschliessen kann, wenn die wirtschaftliche Lage des Unternehmens kritisch ist, so liegt nahe, die wirtschaftliche Notlage als den eigentlichen Auflösungsgrund anzusehen und die vom Kläger vorgebrachte "mésintelligence" als reines Motiv zu werten. Schaeffer hat das Verdienst, besonders auf diesen Bedeutungswandel der Auflösungsgründe im französischen Recht hingewiesen zu haben¹:

" Le juste motif ne sera effectivement plus que le "motif" invoqué et non point la "cause de dissolution."

Die eigentliche Frage, die die Richter an sich zu beantworten hätten, sei, ob sich die Gesellschafter "eignermassen gut, schlecht oder sehr schlecht verstehen". Kein Richter beschränke sich aber auf die Feststellung einer solchen subjektiv schwierigen Lage. Immer verlange er daneben noch das Vorliegen einer "gravité objective". Folgerichtig stellt Schaeffer fest, die "gravité de la situation" habe alle anderen wichtigen Gründe absorbiert und sei der einzige Grund für die gerichtliche Auflösung geworden?²

1) Schaeffer a.a.O. S. 246

2) Schaeffer a.a.O. S. 248

Diese Auffassung wird man nach der Untersuchung der Rechtsprechung als etwas überspitzt ansehen müssen. Sehr wohl ist bei der Praxis der französischen Gerichte festzustellen, dass die ökonomische Betrachtung die ausschlaggebende Rolle bei der Entscheidung, ob eine Gesellschaft aufgelöst werden soll, spielt. Die Meinung Schaeffers hat aber deshalb als nicht ganz zutreffend zu gelten, als sie glauben machen will, die französischen Gerichte würden auch nicht in besonders gelagerten Fällen vom Erfordernis des "mauvais fonctionnement" absehen.

Der Grund für die starke Berücksichtigung der ökonomischen Seite der Gesellschaft liegt wohl hauptsächlich in der stattgefundenen Wandlung der Anschauung über den *Ordre-public*-Begriff. Der *Ordre-public* will im Rahmen des Art. 1871 C.civ. nicht mehr allein die Interessen der einzelnen Gesellschafter schützen, Er ist zu einer "disposition de protection générale" geworden, die auch ausserhalb des Vertragsrahmens liegende Belange schützen will.¹

Dieser Sinnwandel macht Art 1871 C.civ. zu einer Bestimmung von grosser wirtschaftspolitischer Bedeutung.

Die deutsche Rechtsprechung ist hinsichtlich der Berücksichtigung der wirtschaftlichen Lage des Unternehmens einen ganz anderen Weg gegangen:

Eine Revision beim Bundesgerichtshof hatte gerügt, der Begriff des "wichtigen Grundes" sei vom Berufungs-

1) vgl. Carbonnier, *Droit civil* II. 115
 Levêq a.a.O. S. 107: "C'est une mesure de sauvegarde aussi bien des intérêts communs que des intérêts de chacun des associés".

richter verkannt worden. Zur Begründung trug die Revision inhaltlich genau die Auffassung der französischen Rechtsprechung vor. Es könne für die Begründetheit der Auflösungsklage nicht ausreichend sein, dass die persönlichen Zerwürfnisse unter den Gesellschaftern ein erspriessliches Zusammenwirken zwischen ihnen unmöglich machten. Hinzukommen müsse, dass die Zerwürfnisse den Bestand der Gesellschaft selbst gefährdeten. Eine solche Gefährdung des Gesellschaftsbestandes könne aber im Hinblick auf den Gesellschaftszweck nur dann angenommen werden, wenn der Betrieb des Gesellschaftsunternehmens durch die Zerwürfnisse in Frage gestellt sei. Das Handelsunternehmen der Gesellschaft blühe und gedeihe. Unter den beanstandeten Handlungen des Beklagten habe es überhaupt nicht gelitten. Ein wichtiger Grund könne deshalb nicht gegeben sein.

Der Bundesgerichtshof konnte sich dieser Auffassung nicht anschliessen.¹ Bei einer Personalgesellschaft könne nicht allein auf den Geschäftserfolg abgestellt werden. Die Personalgesellschaft beruhe auf der vertrauensvollen Zusammenarbeit der Gesellschafter. Das gedeihliche Zusammenwirken sei ein wesentliches und notwendiges Erfordernis der Personalgesellschaft. Im kaufmännischen Alltag spiele eine gemeinsame erspriessliche Zusammenarbeit und die gebotene persönliche Rücksichtnahme und Achtung eine ebenso entscheidende Rolle wie der eigentliche Zweck der Gesellschaft, die Gewinnerzielung.²

Das Reichsgericht hatte in dieser Frage ähnlich entschieden.³

1) BGHZ 4, 108 (112)

2) vgl. auch BGH in DB 1960, 143

3) RG in JW 1929, 1360

Der Gesichtspunkt des Gedeihens der Gesellschaft spiele lediglich insofern eine Rolle, als zum Vorliegen eines wichtigen Grundes notwendig sei, dass nach Lage der Dinge ein gedeihliches Zusammenwirken der Gesellschafter als ausgeschlossen erscheine oder dem einen -klagenden- Teil die Fortsetzung der Gesellschaft deshalb nicht zumutbar sei, "weil die Voraussetzungen des Gedeihens der Gesellschaft aus persönlichen oder sachlichen Gründen nicht mehr vorhanden seien".¹

Als weiteres Beispiel für die deutsche Rechtsprechung in dieser Frage ist eine andere höchstgerichtliche Entscheidung zu nennen.² Das Gericht hebt darauf ab, dass auch dann, wenn das Unternehmen mit Erfolg arbeite, die Gesellschaft als wirtschaftliche und rechtliche Verbindung in einem solchen Ausmass notleidend sein könne, dass von einer Auflösung nicht abgesehen werden könne. Für die Personalgesellschaften verbiete sich die Gleichsetzung der Ergiebigkeit des Geschäftsbetriebes mit der Bestandsfähigkeit der Gesellschaft. Entscheidend sei allein die Frage der Zumutbarkeit der Aufrechterhaltung des Gesellschaftsverhältnisses für den Kläger unter Berücksichtigung - aber nicht ausschliesslicher Berücksichtigung - des Wertes des Betriebes.³

-
- 1) Auch hier hatte die Revision dem Berufungsrichter vorgeworfen, er habe den Begriff des wichtigen Grundes verkannt. Richtiger Ansicht nach komme es darauf an, ob durch die festgestellten Tatsachen das Gedeihen der Gesellschaft beeinträchtigt worden sei. Die Maschinenfabrik der oHG habe sich trotz des langjährigen Zerwürfnisses nicht nur erhalten, sondern habe auch bis in die neueste Zeit beträchtliche Gewinne abgeworfen und verspreche auch weiterhin gute Erträge.
- 2) OGH Köln in NJW 1949, 823
- 3) Weipert § 133 Anm. 5; vgl. auch OLG Kön in DB 1963, 860

Die deutsche Rechtsprechung lässt demnach die wirtschaftliche Seite des Unternehmens nicht ganz unberücksichtigt, sie berücksichtigt sie jedoch nie so sehr, dass sie ausschlaggebend sein könnte. Die deutsche Lösung entspricht mehr dem Wesen einer Personalgesellschaft, während die französische Auffassung die Personalgesellschaften in diesem Punkte in die Nähe der Kapitalgesellschaften bringt. Die französische Betrachtungsweise ist beinahe schon eine ökonomische geworden, während die deutsche mehr auf die persönlichen Belange abstellt und damit mehr eine herkömmlich juristische bleibt.

VI. Die Beschränkung des Klagerechtes

Oft wollen die Gesellschafter im Hinblick auf die erwünschte Sicherung des Bestandes ihres Unternehmens das Recht zur Erhebung der Auflösungsklage einschränken oder objektiv als "wichtige Gründe" anerkannten Tatsachen diese Eigenschaft nehmen. Ist dies zulässig?

Im deutschen Recht scheint diese Frage durch die zwingende Bestimmung des § 133 III HGB geklärt zu sein. Diese Vorschrift schliesst jede Vereinbarung, durch welche das Recht eines Gesellschafters, die Auflösung zu verlangen, ausgeschlossen oder beschränkt wird, aus. Ratio legis ist, dem Kläger die Lösung aus der persönlichen Bindung zu ermöglichen¹. Andere Ziele, wie etwa die Durchsetzung des öffentlichen Interesses an der Auflösung unrentabler Unternehmungen zu sichern, verfolgt die Vorschrift anerkanntermassen nicht.

Als unzulässige Beschränkungen werden etwa fol-

1) vgl. Weipert a.a.O. § 133 Anm. 25

gende angesehen:

Der völlige Ausschluss des Rechtsweges in der Weise, dass auch die Nachprüfung der Entscheidung der Gesellschaft durch das Gericht nicht möglich ist, würde den "unverzichtbaren Erfordernissen der allgemeinen Rechtsordnung" zuwiderlaufen. Er ist deshalb nicht statthaft.¹

Es ist unzulässig, die Erhebung der Klage von der Zustimmung eines anderen Gesellschafters, (oder) der Mehrheit oder aller übrigen Gesellschafter abhängig zu machen.²

Auch der Ausschluss des Rechtes zur Klageerhebung für eine bestimmte Zeit ist mit § 133 III HGB nicht vereinbar.³

Zuweilen wird auch die Vereinbarung getroffen, dass der die Auflösung begehrende Gesellschafter bei der Auseinandersetzung einen geringeren Teil des Abwicklungserlöses erhalten solle, als seiner Beteiligung an der Gesellschaft entspricht. Auch eine solche Vereinbarung wird als unzulässig angesehen.⁴ Dasselbe gilt für ein drückendes Wettbewerbsverbot zugunsten der übrigen Gesellschafter⁵.

Dagegen wird man eine Vereinbarung, dass im Falle der gerichtlichen Auflösung nicht die Abwicklung der Gesellschaft, sondern die Fortsetzung der Gesellschaft unter Abfindung des ausscheidenden Antragstellers

1) Schlegelberger § 133 Anm. 34; ROH 21, 84

2) Weipert a.a.O.; Schlegelberger a.a.O.

3) RG in JR 1926 Nr. 1266

4) Weipert a.a.O.

5) RGZ 106, 128

stattfindet, als zulässig ansehen müssen. Dies ergibt sich aus dem Zweck der Vorschrift, die dem einzelnen Gesellschafter nur seine persönliche und wirtschaftliche Bewegungsfreiheit¹ sichern will.

Ob auch die Vereinbarung, nach der sich die Gesellschafter verpflichten, für den Fall des Eintritts eines wichtigen Grundes in der Person eines Gesellschafters, nicht auf Auflösung, sondern nur auf Ausschliessung des betreffenden Gesellschafters zu klagen, zulässig ist, ist umstritten.² Schlegelberger wendet ein, der zur Erhebung der Klage Berechtigte werde auf diese Weise nicht frei. Die Vereinbarung zwinge den Gesellschafter dazu, sich an einer in ihren Grundlagen umgestalteten Gesellschaft weiterhin zu beteiligen. Darin liege eine unzulässige Beschränkung des Rechtes auf Klageerhebung.³ Die Gegenmeinung ist der Auffassung, dass in diesem Falle der "wichtige Grund" entfalle und damit auch die Berechtigung zur Erhebung der Auflösungsklage.⁴ Dieser Meinung ist der Vorzug zu geben. Sie beschränkt den Einzelnen Gesellschafter nur in annehmbarem Ausmass und berücksichtigt auch die Belange eines Bestandsschutzes.

Eine weitere Beschränkung des Rechtes, Auflösungsklage zu erheben, ist in der Weise möglich, dass die Voraussetzungen der Auflösungsklage begrenzt werden. Es fragt sich deshalb, ob bestimmten Tatsachen, die objektiv einen "wichtigen Grund" darstellen würden, der Charakter als Auflösungsgrund genommen werden kann.

1) vgl. Hueck, oHG S.276 f.

2) Zustimmend Weipert § 133 Anm.25 Hueck, oHG S.277; ablehnend Schlegelberger § 133 Anm.34

3) Schlegelberger a.a.O.

4) Weipert a.a.O.

Wäre dies möglich, könnte § 133 HGB weitgehend der Boden entzogen werden. Die herrschende Lehre nimmt deshalb an, solche Bestimmungen seien nur dann wirksam, wenn sie das Recht eines Gesellschafters, Auflösungsklage zu erheben, nicht in "einer dem Zwecke des § 133 HGB widersprechenden Weise" beschränken.¹

Als zulässige Bestimmung wird zum Beispiel die Vereinbarung anzusehen sein, dass die Auflösung wegen Krankheit oder Abwesenheit eines Gesellschafters nicht verlangt werden kann, wenn sie einen gewissen Zeitraum nicht übersteigt oder wenn der an der Ausübung seiner Tätigkeit verhinderte Gesellschafter einen Ersatzmann als Arbeitskraft stellt. Solche Bestimmungen enthalten lediglich eine Einschränkung der Verpflichtung eines Gesellschafters zu persönlicher Tätigkeit. Diese kann auch durch den Gesellschaftsvertrag ganz ausgeschlossen werden. Liegt eine solche Vereinbarung vor, ist überhaupt kein "wichtiger Grund" anzunehmen.²

Im übrigen ist der Ausschluss von Auflösungsgründen nichtig. Trotzdem können aber derartige Vereinbarungen eine gewisse Rolle bei der Frage spielen, ob eine bestimmte Tatsache als "wichtiger Grund" zu gelten hat.³ Bei der Prüfung der Zumutbarkeit einer Fortsetzung für den Kläger ist das ursprüngliche Einverständnisein zu berücksichtigen.

Nach der Auffassung des Reichsgerichts⁴ sind Vereinbarungen dieser Art dann zulässig, wenn "das Recht

1) so Weipert § 133 Anm 27; ebenso im Ergebnis Hueck, oHG S.276

2) vgl. RG Warn 14, Nr.248;

3) so Hueck, oHG S. 276; Heins NJW 1948, 254

4) RG in JW 1938, 522; RGZ 156, 129; ebenso Düringer-Hachenburg § 133 Anm 18.; Goldmann § 133 Anm. 24; Baumbach-Duden § 133 Anm.4

auf fristlose Kündigung nicht überhaupt ausgeschlossen oder ungebührlich erschwert" wird.

Ein weiteres Problem in diesem Zusammenhang bilden die Abreden über die Berechnung des Auseinandersetzungs-guthabens. Auch hierin kann unter Umständen eine unzulässige Beschränkung des Rechtes, Auflösungsklage zu erheben, erblickt werden.¹

Unbedenklich ist, wenn die Gesellschafter das Auflösungsverfahren anderweit regeln. So können sie bestimmen, dass an die Stelle der Auflösungsklage die einfache Kündigung eines Gesellschafters auch für die Auflösung aus wichtigem Grunde genügen soll.² Darin ist eine Erleichterung zu sehen.

Der französische Gesetzgeber hat sich über die Zulässigkeit einer Beschränkung des Rechtes, Auflösungsklage zu erheben, nicht geäußert. Trotzdem legt man der Bestimmung über die Auflösungsklage Ordre-public-Charakter bei.

Die Berechtigung zur Annahme dieser Eigenschaft wird im Zweck der Bestimmung gesehen, die Freiheit der menschlichen Person zu schützen.³

Der der Auflösungsklage zugeschriebene Ordre-public-Charakter hat nach allgemeiner Auffassung zur Folge, dass die Gesellschafter auf das Recht, Auflösungsklage zu erheben, nicht im Voraus verzichten können.⁴

1) vgl. Barz in JW 1938, 492 und oben S. 59

2) Düringer-Hachenburg, § 133 Anm. 21; Weipert, Anm. 25 zu § 133; Hueck, oHG S. 227; a. A. Staub § 133 Anm. 21

3) vgl. Duquesnoy, S. 255 f; Req. 9.3.03, D. 1904.1.89.

4) Lyon 28.10.1926, D. H. 1926.556; Paris 28.1.1928, J. S. 1930. 156; Cass. 23.1.1950, D. 1950, 300; Lyon-Caen, Renault et Amiaud, Traité t. II no. 334.

Ein völliger Ausschluss kommt deshalb nicht in Betracht; es fragt sich nur, inwieweit Beschränkungen möglich sind.

Eine Vereinbarung, dass die Klageerhebung nur mit der Zustimmung der übrigen Gesellschafter zulässig sein soll, ist nichtig.¹

Dagegen hält man unter bestimmten Umständen die sogenannte "clause de rachat" für eine zulässige Beschränkung. Diese Bestimmung hat zum Inhalt, dass bei Vorliegen eines "juste motif" die Klagemöglichkeit durch das Angebot des Kaufs des Anteils des Klagewilligen ausgeräumt ist und der betreffende Gesellschafter ausscheidet. Die Interessen des ausscheidenden Gesellschafters verlangen lediglich, dass der Kaufpreis einigermaßen angemessen ist, so dass das durch den Ordre-public-Charakter des Art. 1871 C.civ geschützte Rechtsgut der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit des einzelnen Gesellschafters gewahrt ist. Eine "clause de rachat" ist deshalb gültig, wenn der "Kaufpreis" einmal nicht leoninisch ist und den ausscheidungswilligen Gesellschafter auch wegen seiner Unangemessenheit nicht zwingt, in der Gesellschaft zu bleiben.²

Bezüglich der Einschränkung der "justes motifs" nimmt die grösste Zahl der Autoren trotz des Ordre-public-Charakters an, dass ein Verzicht, der sich auf

-
- 1) Paris, 5.7.1934, S. 1934.2.207; Lyon 21.3.1935, S. 1936 2.7; Cass. 23.1.1950, G.P. 1950.1.202; Lescot, R.D.C. 1950, 426
 - 2) Hamel-Lagarde no. 483; Trib.com. St. Etienne 8.10. 1947, J.C.P. 1948.24286; Cass. 20.3.1953 (2. 7574); J.C.P. 1953.2.7574

bestimmte, genau festgelegte Gründe beschränkt, wirksam ist und eine Auflösung wegen diesem Grunde ausgeschlossen ist.

So wird etwa eine Bestimmung für wirksam gehalten, die die Berechtigung zur Erhebung der Auflösungsklage für den Fall der "mésintelligence entre associés" ausschliesst. Auch für den Fall, dass die Gesellschaft eine bestimmte Zahl von Jahren ohne Gewinn ist, können die Gesellschafter auf die Erhebung der Auflösungsklage verzichten und damit diesem Tatbestand die Eigenschaft eines wichtigen Grundes nehmen.¹

In scharfem Gegensatz zur Wissenschaft ist dagegen die Rechtsprechung gegen Vereinbarungen dieser Art unerbittlich und hält sie ganz allgemein für nichtig.² Nach ihr ist die einzig gültige Klausel die Vereinbarung, die die Grenze des Verlustes des Gesellschaftskapitals festlegt, bei der Auflösungsklage erhoben werden kann.³

Die Gegenüberstellung mit dem deutschen Recht ergibt, dass in beiden Rechten ein völliger Ausschluss nicht möglich ist. Dagegen ist (zwar) eine Vereinbarung, die die Auflösungsklage ausschliesst, aber dem auflösungswilligen Gesellschafter andere angemessene Lösungsmöglichkeiten gibt, gültig. Allein die französische Wissenschaft geht bei der Zulassung der Ausschaltung

-
- 1) Lyon-Caen, Renault et Amiaud, Traité t. II no. 335 bis Baudry-Lacantinerie et Wahl no. 467
 - 2) vgl. Req. 9.3. 1903, D. 1904.1.89: "Aucune convention ne peut mettre obstacle à l'exercice du pouvoir conféré aux tribunaux par l'art. 1871 C. civ. d'ordonner pour des motifs, dont ils apprécient souverainement la légitimité et la gravité, la dissolution anticipée de la société". vgl. auch Cass. 5.12.1956, Bull. Cass. 1956.3.289
 - 3) Paris 12.8. 1885, J.S. 1886, 337

von Auflösungsgründen insofern weiter, als sie den Ausschluss einzelner wichtiger Gründe mit bindender Wirkung für den Richter zulässt und dann der betreffenden Tatsache auf jeden Fall die Eigenschaft als wichtiger Grund abspricht. Das deutsche Recht nimmt dagegen in diesem Falle unter Umständen die Zumutbarkeit einer Fortsetzung für den Kläger an.¹

VII. Sachlegitimation und Prozessführungsbefugnis

Aus § 133 HGB wie aus Art. 1871 C.civ ergibt sich eindeutig, dass das Recht, die Auflösung der Gesellschaft im Wege der Klage zu verlangen, jedem Gesellschafter, und zwar jedem Gesellschafter einzeln, zusteht.

-
- 1) So sehr die Wirksamkeit der einschränkenden Klauseln umstritten ist, so unbestritten gültig sind jene Vereinbarungen, die eine Erweiterung oder Erleichterung des Rechtes, Auflösungsklage zu erheben, enthalten.
- Im französischen Recht wird diese Anschauung damit begründet, dass es lediglich verboten sein könne, schwerere Verpflichtungen auf sich zu nehmen. Es sei aber völlig unbedenklich, wenn sich ein Vertragsschliessender Erleichterungen verschaffe, um seine wirtschaftliche Bewegungsfreiheit zurückzugewinnen. Dies ergebe sich daraus, dass der Gesetzgeber bei der Statuierung der Auflösungsgründe vor allem die persönliche und wirtschaftliche Bewegungsfreiheit habe schützen wollen (Duquesnoy S.267).
- Dieselbe Rechtslage herrscht auch in Deutschland. Vereinbaren die Gesellschafter zusätzliche Auflösungsgründe, ist § 133 HGB entsprechend anzuwenden. (Düringer-Hachenburg § 133 Anm. 18; Hueck oHG S. 277; Weipert § 133 Anm 26). - Diese extensiven Klauseln können unnötige Auflösungen zur Folge haben. Ihre Zulässigkeit könnte aber höchstens dann verneint werden, wenn man dem Institut der gerichtlichen Auflösung neben dem Schutz der individuellen Freiheit noch andere Schutzzwecke beilegen würde, über deren Berücksichtigung die Gesellschafter nicht bestimmen könnten.

bestimmte, genau festgelegte Gründe beschränkt, wirksam ist und eine Auflösung wegen diesem Grunde ausgeschlossen ist.

So wird etwa eine Bestimmung für wirksam gehalten, die die Berechtigung zur Erhebung der Auflösungsklage für den Fall der "mésintelligence entre associés" ausschliesst. Auch für den Fall, dass die Gesellschaft eine bestimmte Zahl von Jahren ohne Gewinn ist, können die Gesellschafter auf die Erhebung der Auflösungsklage verzichten und damit diesem Tatbestand die Eigenschaft eines wichtigen Grundes nehmen.¹

In scharfem Gegensatz zur Wissenschaft ist dagegen die Rechtsprechung gegen Vereinbarungen dieser Art unbittlich und hält sie ganz allgemein für nichtig.² Nach ihr ist die einzig gültige Klausel die Vereinbarung, die die Grenze des Verlustes des Gesellschaftskapitals festlegt, bei der Auflösungsklage erhoben werden kann.³

Die Gegenüberstellung mit dem deutschen Recht ergibt, dass in beiden Rechten ein völliger Ausschluss nicht möglich ist. Dagegen ist (zwar) eine Vereinbarung, die die Auflösungsklage ausschliesst, aber dem auflösungswilligen Gesellschafter andere angemessene Lösungsmöglichkeiten gibt, gültig. Allein die französische Wissenschaft geht bei der Zulassung der Ausschaltung

-
- 1) Lyon-Caen, Renault et Amiaud, Traité t. II no. 335 bis Baudry-Lacantinerie et Wahl no. 467
 - 2) vgl. Req. 9.3. 1903, D. 1904.1.89: "Aucune convention ne peut mettre obstacle à l'exercice du pouvoir conféré aux tribunaux par l'art. 1871 C. civ. d'ordonner pour des motifs, dont ils apprécient souverainement la légitimité et la gravité, la dissolution anticipée de la société". vgl. auch Cass. 5.12.1956, Bull. Cass. 1956.3.289
 - 3) Paris 12.8. 1885, J.S. 1886, 337

von Auflösungsgründen insofern weiter, als sie den Ausschluss einzelner wichtiger Gründe mit bindender Wirkung für den Richter zulässt und dann der betreffenden Tatsache auf jeden Fall die Eigenschaft als wichtiger Grund abspricht. Das deutsche Recht nimmt dagegen in diesem Falle unter Umständen die Zumutbarkeit einer Fortsetzung für den Kläger an.¹⁾

VII. Sachlegitimation und Prozessführungsbefugnis

Aus § 133 HGB wie aus Art. 1871 C.civ ergibt sich eindeutig, dass das Recht, die Auflösung der Gesellschaft im Wege der Klage zu verlangen, jedem Gesellschafter, und zwar jedem Gesellschafter einzeln, zusteht.

1) So sehr die Wirksamkeit der einschränkenden Klauseln umstritten ist, so unbestritten gültig sind jene Vereinbarungen, die eine Erweiterung oder Erleichterung des Rechtes, Auflösungsklage zu erheben, enthalten.
Im französischen Recht wird diese Anschauung damit begründet, dass es lediglich verboten sein könne, schwerere Verpflichtungen auf sich zu nehmen. Es sei aber völlig unbedenklich, wenn sich ein Vertragsschliessender Erleichterungen verschaffe, um seine wirtschaftliche Bewegungsfreiheit zurückzugewinnen. Dies ergebe sich daraus, dass der Gesetzgeber bei der Statuierung der Auflösungsgründe vor allem die persönliche und wirtschaftliche Bewegungsfreiheit habe schützen wollen (Duquesnoy S.267). Dieselbe Rechtslage herrscht auch in Deutschland. Vereinbaren die Gesellschafter zusätzliche Auflösungsgründe, ist § 133 HGB entsprechend anzuwenden. (Düringer-Hachenburg § 133 Anm. 18; Hueck oHG S. 27; Weipert § 133 Anm 26). - Diese extensiven Klauseln können unnötige Auflösungen zur Folge haben. Ihre Zulässigkeit könnte aber höchstens dann verneint werden, wenn man dem Institut der gerichtlichen Auflösung neben dem Schutz der individuellen Freiheit noch andere Schutzzwecke beilegen würde, über deren Berücksichtigung die Gesellschafter nicht bestimmen könnten.

Im Hinblick auf das Interesse, das persönliche Gläubiger und Gläubiger der Gesellschaft an einer Auflösung haben können, fragt es sich, ob auch diesen ein Recht zur Klageerhebung zusteht.

Im französischen Recht versuchte man, den persönlichen Gläubigern zur Besserung ihrer allgemein benachteiligten Stellung die Klagemöglichkeit über Art. 1166 C.civ. zu verschaffen. Nach dieser Vorschrift können die Gläubiger alle Rechte ihres Schuldners mit Ausnahme derjenigen, die höchstpersönlicher Natur sind, geltend machen. Die Gläubiger konnten also - vorausgesetzt, es handelt sich beim Klagerecht aus Art. 1871 nicht um ein höchstpersönliches Recht - immer dann Klage erheben, wenn der schuldnerische Gesellschaftler einen wichtigen Grund zur Klage hat, aber sich selbst nicht zur Klage entschliessen kann. In diesem Falle könnte der Privatgläubiger die Gesellschaft selbst gegen den Willen des Gesellschafterschuldners zur Auflösung bringen.

Die herrschende Lehre ist aber der Auffassung, beim Recht aus Art. 1871 C.civ. handle es sich um ein "droit attaché exclusivement à la personne". Infolgedessen versagt sie den Privatgläubigern jede Möglichkeit der Einmischung in die Lebensfrage des Unternehmens. Die Entscheidung, ob ein Vorfall für so schwerwiegend anzusehen sei, dass er die Auflösung der Gesellschaft notwendig macht, müsse den Gesellschaftern überlassen werden.¹

1) Baudry-Lacantinerie et Wahl no.470; Lyon-Caen, Renault et Amiaud Traité t.II no.336; Thaller et Pic, no. 609;

Duquesnoy ist der Auffassung, es handle sich um kein höchstpersönliches Recht. Höchstpersönliche Rechte seien nur solche "qui touchent à des intérêts d'ordre moral ou intime dont le titulaire doit être le seul appréciateur" (vgl. Colin et Capitant, Cours II, 44). Nach seiner Auffassung haben deshalb die Privatgläubiger ein Recht zur Auflösungsklage - aber nur wenn sie ihre Forderung nicht in anderer Weise durchsetzen können. a.a.O.S.233

Eine von den Privatgläubigern verschiedenen Stellung haben die Gesellschaftsgläubiger. Sie können jederzeit auf das Gesellschaftsvermögen Zugriff nehmen, und die Gesellschaft in den Konkurs treiben. Die herrschende Lehre spricht ihnen deshalb kein Recht zur Erhebung der Auflösungsklage zu.¹

Im deutschen Recht ist unbestritten, dass die persönlichen Gläubiger wie die Gesellschaftsgläubiger kein Recht zur Klägerehebung haben. Die Gesellschaftsgläubiger können sich aus dem Gesellschaftsvermögen befriedigen. Die Privatgläubiger haben die Möglichkeit, die Gesellschaft durch Kündigung zur Auflösung zu bringen.

Beinahe einhellige Meinung ist im deutschen Recht, dass die Klage nicht gegen die Gesellschaft, sondern gegen die Mitgesellschafter zu richten ist.² Fraglich bleibt jedoch, ob sämtliche oder lediglich die der Klage widersprechenden Gesellschafter zu verklagen sind. Manche Autoren glauben, alle Gesellschafter müssten am Prozess beteiligt sein.³ Sie weisen darauf hin, eine einheitliche Feststellung sei nur allen Gesellschaftern gegenüber möglich, da das Urteil das sämtliche Gesellschafter bindende Rechtsverhältnis ändere.⁴ Diese Auffassung ist in der Auswirkung unbillig. Staub-Pinner⁵ weisen darauf hin, dass die Klage unter Umständen gegen diejenigen zu erheben wäre, die dasselbe wollen wie der Kläger und dass diese dann

1) Baudry-Lacantinerie et Wahl no.471; a.A. Houpin et Bosvieux I.no. 169

2) Düringer-Hachenburg § 133 Anm.10; OGH Köln NJW 1949, 823; a.A. Brand § 133 Anm 4b.

3) Düringer-Hachenburg § 133 Anm.10; Ritter S. 182; Bellwinkel a.a.O. S. 47

4) Bellwinkel S. 47

5) Staub-Pinner S. 543

auch die Kosten tragen müssten.

Dagegen wird man einwenden können, dass sich ein Gesellschafter, der dies vermeiden will, dem Kläger anschliessen solle.

Die heute herrschende Auffassung verlangt nicht, dass sich alle Gesellschafter am Rechtsstreit entweder auf der einen oder der anderen Seite beteiligen.¹ Voraussetzung ist allerdings, dass sich jeder Gesellschafter, der nicht beteiligt ist, bindend mit der Auflösung der Gesellschaft einverstanden erklärt.

Hinsichtlich der Kostentragung dürfte jedoch jede dieser Auffassungen nicht ganz der Billigkeit entsprechen. Es wäre angemessener, die Klage gegen die Gesellschaft zu richten.

Das französische Recht lässt die Klage in erster Linie gegen die Gesellschaft zu². Daneben ist es aber auch zulässig, dass die Klage gegen die übrigen Gesellschafter gerichtet wird. Dabei genügt es, wenn nur die der Klage widersprechenden Gesellschafter verklagt werden.³

1) BGH in NJW 1958, 418 und in NJW 1957, 537; OGH Köln in NJW 1949, 822; Breit in JR 1926, 774

2) Trib.com. Seine 18.6.1900, Rev.Soc.1900. 585

3) Rennes 13.10. 1926, J.S. 1928. 170; Duquesnoy verlangt dagegen die Beteiligung aller Gesellschafter, da ein nicht beteiligter Gesellschafter die "tiärce opposition" erheben könne. a.a.O. S. 240

F ü n f t e r A b s c h n i t t

Die Folgen der Auflösung, die Verhinderung
der Auflösung durch Ausschluss eines Gesell-
schafterers und die Rückgängigmachung der Auf-
lösung

I. Die Folgen der Auflösung

Die bedeutsamste Folge des Eintritts eines unmittel-
bar wirkenden Auflösungsgrundes oder des rechtskräfti-
gen Auflösungsurteils ist im deutschen Recht, dass die
offene Handelsgesellschaft ~ ist nichts anderes ver-
einbart - in das Auseinandersetzungsstadium eintritt.
Die Gesellschaft bleibt als solche bestehen; es ändert
sich aber der Gesellschaftszweck. An die Stelle des
Erwerbszweckes tritt der Liquidationszweck.

Für den Zeitraum der Liquidation finden nach § 154
HGB in Bezug auf das Rechtsverhältnis der Gesellschaf-
ter untereinander und zu Dritten grundsätzlich die Vor-
schriften, die für die werbende Gesellschaft gelten,
Anwendung¹.

Daraus ergibt sich, dass sämtliche Prokuren er-
löschen. Die Aufhebung des Handelsgewerbes, für wel-
ches der Prokurist bestellt war, ist als Widerruf der
Prokura anzusehen².

Die Vertretungs- und Geschäftsführungsbefugnis
der Gesellschafter endet³ und die Liquidatoren treten
an die Stelle der Gesellschafter.

1) nämlich die Vorschriften des zweiten und dritten
Titels

2) ROHG 13,223 f.

3) Sie erlöschen, wenn der Gesellschafter Kenntnis
von der Auflösung hat oder haben muss (§ 136 HGB).

Die Gesellschafter haben die Auflösung zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Ausser der Auflösung durch Gesellschaftskonkurs, die von amtswegen eingetragen wird, ist jede Auflösung zur Eintragung anzumelden. Nach stattgefundener Eintragung muss sich jeder Dritte die Tatsache der Auflösung entgegenhalten lassen, es sei denn, dass er sie weder kannte noch kennen musste. Ist die Auflösung dagegen nicht eingetragen, wirkt sie nicht gegenüber Dritten. Die Gesellschaft gilt ihnen gegenüber als fortbestehend, es sei denn, sie hatten von der Auflösung positive Kenntnis.¹

Mit dem Tage der Eintragung der Auflösung in das Handelsregister beginnt eine fünfjährige Verjährungsfrist für Ansprüche gegen die Gesellschafter zu laufen, sofern es sich nicht um Ansprüche handelt, die in kürzerer Zeit verjähren²

Auch für die *société en nom collectif* ist die hauptsächlichste Folge der eingetretenen Auflösung, dass das Liquidationsstadium beginnt.

Die Gesellschaft kann lediglich die für die Liquidation notwendigen Verpflichtungen eingehen, da sie ihre Rechtspersönlichkeit nur für die Zwecke der Liquidation beibehält.

Im Gegensatz zum deutschen Recht verschwindet die Firma, Sie kann durch eine neue Gesellschaft nicht wiederaufgenommen werden, es sei denn, sie bestünde aus denselben Gesellschaftern.³

Die Frist für die Geltendmachung von Forderungen

1) vgl. § 15 HGB

2) § 159 HGB

3) Trib.com. Lyon 23.8.1818. J.S. 1921, 267 (motifs)

der Gesellschaftsgläubiger ist ebenfalls eine Fünfjahresfrist¹.

Die Vorschriften über die Veröffentlichung der Auflösung sind in einem Gesetz vom 24. Juli 1867 und in einem Décret-loi vom 30. Oktober 1935 enthalten. Danach sind bei der Urkundsstelle des zuständigen Tribunal de commerce "tous actes et délibérations, constatant la dissolution de la société avant terme et le mode de la liquidation"² einzureichen.

Die Niederlegung hat innerhalb eines Monats nach Eintritt einer Auflösungstatsache oder nach Fassung eines Auflösungsbeschlusses zu erfolgen³. Daneben trifft die Gesellschafter die Pflicht, Name und Adresse der Liquidatoren sowie deren Befugnisse in einem "journal d'annonces légales" zu veröffentlichen⁴.

Die Nichtbeachtung dieser Förmlichkeiten hat die Unwirksamkeit der Auflösung zur Folge. Die Gesellschafter können aber die Nichtigkeit Dritten, die sich auf die nichtveröffentlichte Tatsache berufen, nicht entgegenhalten.

Da Art 59 loi du 24 Juillet 1867 nur von "actes et délibérations" spricht, umfasst die Verpflichtung zur Bekanntgabe anerkanntermassen nicht die Auflösung durch Zeitablauf. Sie geht schon aus dem "acte primitif" hervor. Auch zur Bekanntgabe der Auflösung durch Urteil sind die Gesellschafter nicht verpflichtet. Weiterhin fällt auch die Auflösung auf Grund eines persönlichen Umstandes eines Gesellschafters wie Tod, Entmündigung

1) Art. 46 C. com.

2) Art. 59 I 2 loi de 1867

3) Art. 55 loi du 7 mars 1925

4) Art. 59 I 2 loi de 1867

oder Konkurs nicht darunter. In diesen Fällen ist die Auflösung auch bei unterlassener Veröffentlichung wirksam.

Daneben trifft die Gesellschafter die Verpflichtung, jeden vorkommenden Fall einer Auflösung in das Handelsregister eintragen zu lassen.¹

I I. D i e V e r h i n d e r u n g d e r A u f - l ö s u n g d u r c h A u s s c h l u s s e i n e s G e s e l l s c h a f t e r s

Eines der wirksamsten Mittel zur Erhaltung des Unternehmens ist der Ausschluss eines Gesellschafters.²

Der Ausschluss kann das Ergebnis eines Urteils sein. Er kann aber auch auf Grund einer Vertragsbestimmung durch die Erklärung der übrigen Gesellschafter stattfinden.

§ 140 HGB bestimmt, dass in gewissen Fällen auch der Ausschluss eines Gesellschafters gerichtlich verlangt werden kann. Der Ausschluss durch den Richter ist dann möglich, wenn " in der Person eines Gesellschafters ein Umstand eintritt, der nach § 133 HGB für die übrigen Gesellschafter das Recht begründet, die Auflösung der Gesellschaft zu verlangen".

Es ist ein Antrag aller Gesellschafter notwendig. Deshalb ist diese Bestimmung sehr oft ohne Wirkung. Versagt ein Gesellschafter seine Zustimmung, muss die Gesellschaft mit dem betreffenden Gesellschafter fortgeführt werden oder aufgelöst werden,³ zumal nach der herrschenden Lehre aus dem Gesichtspunkt des Treuege-

1) Art. 7 loi du 7 mars 1925

2) Im Hinblick darauf kann auf ein informatives Eingehen auf die Möglichkeiten des Ausschlusses eines Gesellschafters nicht verzichtet werden

3) vgl. RGZ 122,312; OLG Nürnberg in WM 1958,712

dankens keine Pflicht zur Mitwirkung besteht.¹

Als ein weiterer Fall des Ausschlusses oder besser des Ausscheidens kommt der Austritt eines Gesellschafters, der sich in Konkurs befindet oder der kündigt oder stirbt, in Betracht. Hier ist eine Fortsetzung unter den übrigen Gesellschaftern nur bei einer entsprechenden Bestimmung im Gesellschaftsvertrag möglich.

Im übrigen gibt § 141 HGB bei der Kündigung durch einen Privatgläubiger und beim Konkurs eines Gesellschafters den übrigen Gesellschaftern die Möglichkeit, den verschuldeten Gesellschafter auszuschließen und die Gesellschaft fortzusetzen.²

Der französische Gesetzgeber sah die Möglichkeit eines gerichtlichen Ausschlusses nicht vor. Auch die Wissenschaft steht ihm sehr ablehnend gegenüber. Zur Begründung wird vorgebracht, der Richter könne den Gesellschaftsvertrag nicht abändern und den Anteil des Auszuschliessenden liquidieren.³

Als rechtliche Grundlage käme eigentlich nur Art. 1871 C.civ in Betracht. Da aber nach französischer Auffassung auch allgemeine Grundsätze heranzuziehen sind, wurde insbesondere auf Art. 1184 C.civ zurückgegriffen. Duquesnoy ist der Auffassung, diese Vorschrift sei heranzuziehen, da Art. 1871 lediglich ein Anwendungsfall von Art. 1184 sei. Es gäbe keinen vernünftigen Grund, warum nicht zwischen beiden Bestimmungen eine Wahlmöglichkeit bestehen sollte⁴. Nach dieser Meinung hat der

1) Hueck, oHG S. 325 ; OLG Nürnberg a.a.O.; a.A. Weipert § 140 Anm. 15.

2) vgl. auch Art. 132 ADHGB

3) z.B. Ripert, no. 776

4) Duquesnoy S. 312; ebenso Lepargneur D. 1928.2.65; Baudry-Lacantinerie et Wahl, no. 207; Cass 11.3.1925, Rev. soc. 1925.230; Planioi Anm. D. 1905.2.121

Richter auf Antrag den Ausschluss besonders dann auszusprechen, wenn das Unternehmen blüht.¹

Nach der Gegenmeinung ist der gerichtliche Ausschluss nur dann möglich, wenn er vertraglich vorgesehen ist.² Die ablehnendste Haltung nehmen Thaller und Pic³ ein. Sie halten den Ausschluss für eine erniedrigende Massnahme mit strafartigem Charakter und eine nicht zu rechtfertigende moralische Kontrolle.

Die Cour de Cassation hatte bislang noch nicht über diese Frage zu entscheiden.

Ein Ausschluss beim Vorliegen einer entsprechenden Vereinbarung durch die übrigen Gesellschafter wird allgemein zugelassen.⁴

-
- 1) vgl. auch Caen 11.4.1927 D.P. 1928.2.65: "Spécialement l'exclusion doit être ordonnée de préférence à la dissolution, lorsque la société est en pleine prospérité et que le développement de l'entreprise est dû au travail et aux sacrifices pécuniaires des autres associés"
 - 2) Paris 18.11.1893.Gaz.Pal 1894.1.10; Hamel-Lagarde no. 483: "En l'absence d'une clause expresse, ce pouvoir disciplinaire doit être refusé aux associés, c'est à dire aux membres des sociétés, groupements à but lucratif."
 - 3) Thaller et Pic I. no. 570
 - 4) Baudry-Lacantinerie et Wahl no. 460; Lyon-Caen, Renault et Amiaud, Traité t.II no. 351; Escarra, Cours no. 642; vgl. für das deutsche Recht: RG in DR 1943, 808; RG in ZAKD 1938, 818, Anm. Grossmann-Doerth; Hueck, OHG S. 319.

III. Die Rückgängigmachung der Auflösung

In manchen Fällen werden die Gesellschafter durch den Eintritt eines Auflösungsgrundes überrascht und müssen feststellen, dass die Gesellschaft mangels einer entsprechenden Fortsetzungsvereinbarung in das Liquidationsstadium eintritt. Oft haben sie dann ein grosses Interesse, dieses Geschehen rückgängig zu machen, die Gesellschaft am Leben zu erhalten und nicht eine neue Gesellschaft gründen zu müssen. Können sie jetzt noch einen wirksamen Fortsetzungsbeschluss fassen?

§ 144 HGB bestimmt, dass die Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft nach der Auflösung der Gesellschaft durch Konkurseröffnung über das Vermögen der Gesellschaft dann die Fortsetzung beschliessen können, wenn der Konkurs nach Abschluss eines Zwangsvergleiches aufgehoben oder auf Antrag des Gemeinschuldners eingestellt worden ist. Diese Vorschrift behandelt also einen Fall der Fortsetzung nach Eintritt eines Auflösungsgrundes und dessen Wegfall.

Es ist anerkannt, dass § 144 HGB auch auf alle anderen Auflösungsgründe entsprechend anzuwenden ist. Ein Fortsetzungsbeschluss kann bis zur Vollbeendigung der Gesellschaft gefasst werden, ohne dass es notwendig wäre, eine neue Gesellschaft zu gründen.¹ In jedem Falle ist aber erforderlich, dass das Gesellschaftsvermögen noch ungeteilt vorhanden ist.² Nach den allgemeinen Regeln des § 113 HGB können die Gesellschafter auch

1) Schlegelberger § 144 Anm. 4; Weipert § 144 Anm 8

2) RGZ 40, 31

mit der erforderlichen Mehrheit die Fortsetzung der Gesellschaft beschliessen. Daneben ist auch grundsätzlich eine stillschweigende Fortsetzung unter Zustimmung aller Gesellschafter möglich.¹

Gegen die Fortsetzung nach eingetretener Auflösung ist in dogmatischer Hinsicht nichts einzuwenden. Die Gesellschaft besteht bis zur Vollbeendigung noch als Abwicklungsgesellschaft weiter. Sie ist wie zuvor ein Gesamthandsverband. Der einzige Unterschied besteht darin, dass sie ihren Zweck geändert hat. Es ist nicht einzusehen, warum sie ihn nicht erneut sollte ändern können². Die Zulassung einer Fortsetzung kann nur davon abhängig sein, ob durch eine nochmalige Zweckänderung irgendwelche schutzwürdigen Interessen verletzt werden. Bei Zustimmung aller Gesellschafter können nur die Interessen Dritter, hauptsächlich der Gläubiger, in Betracht kommen. Schutzwürdige Belange dieser Personen könnten etwa im Falle des Gesellschaftskonkurses ausserachtgelassen werden. Solange der Konkurs andauert, haben die Gläubiger ein Interesse an der Liquidation des Gesellschaftsvermögens. § 144 lässt deshalb die Fortsetzung in diesem Falle nur nach Abschluss eines Zwangsvergleiches oder auf Antrag des Gemeinschuldners nach Einstellung des Konkursverfahrens zu.

Rechtlich zu schützende Interessen der Privatgläubiger sind im Spiele bei der Kündigung der Gesellschaft durch einen solchen oder beim Gesellschafterkonkurs. Hier können die Gläubiger verlangen, dass der Anteil ihres Schuldners aus der Bindung gelöst wird und nur zu ihrer Befriedigung verwandt wird. In diesen Fällen be-

1) RGZ 28, 134

2) vgl. Hueck, OHG S. 256

darf es deshalb zur Fortsetzung der Einwilligung des kündigenden Gläubigers oder des Konkursverwalters.¹

Nach Eintritt aller übrigen Auflösungsgründe ist dagegen eine Fortsetzung nach der herrschenden Lehre ohne weiteres zulässig.² Besondere Interessen der Privatgläubiger kommen nicht in Betracht, die Gesellschaftsgläubiger aber sind durch die fortdauernde persönliche Haftung aller Gesellschafter ausreichend geschützt.

Die französische Wissenschaft und Rechtsprechung sind sich darin einig, dass die Gesellschaft nach Eintritt eines Auflösungsgrundes nicht mehr "reaktiviert" werden kann³. Diese Ansicht ist insofern erstaunlich, als die (Gesellschaft) "personne morale" nach allgemeiner Meinung bis zur Vollbeendigung der Gesellschaft weiterbesteht. Welches sind die Gründe für dieses, den Bedürfnissen des Wirtschaftslebens widersprechende Ergebnis?

Der Grund dafür ist darin zu sehen, dass der Fortbestand der Gesellschaft nur für die Zwecke der Liquidation fingiert und nicht tatsächlich angenommen wird.

1) vgl. § 145 II HGB

2) RGZ 106,66; 118,337; Staub-Pinner § 131 Anm2; Hueck, oHG S.257. Wimpfheimer a.a.O. S. 129 betrachtet § 144 HGB als Ausnahme. Er begründet seine Theorie der "Irreparabilität der Auflösung" mit der "Exklusivität des Handelsregisters". Dieser letzte Begriff will besagen, dass nur die im Gesetz aufgeführten Eintragungen des Handelsregisters vorgenommen werden könnten. Da die Registrierung der Fortsetzung ausser in der Fassung des § 144 II HGB nirgends vorgesehen sei, könne in den übrigen Fällen auch keine Fortsetzung erfolgen.-Demgegenüber hat das Reichsgericht (RGZ 118,337) die Ansicht vertreten, dass die Fortsetzung einer GmbH gemäss § 65 I 2 GmbHG in das Handelsregister anzumelden sei. Damit hat es zugleich die Fortsetzungsfähigkeit einer aufgelösten Gesellschaft bejaht.

3) Cass 10.5.54 Bull.Cass 1954.3. 128; 25.1.1956, Bull. Cass.1956.3.31

Die Zwecksetzung der Fiktion ist dabei sehr eng. Der Weiterbestand der Gesellschaft wird nicht schlechthin fingiert, sondern nur zu einem ganz bestimmten, eng begrenzten Zweck. Die Fiktion wird nur für die notwendigen Belange der Abwicklung zur Anwendung gebracht. Hinsichtlich jedes anderen Zweckes gilt die Gesellschaft (jedoch) als untergegangen¹. Eine Fortsetzungsvereinbarung wäre durch die Fiktion nicht gedeckt.²

Nach eingetretener Auflösung gibt es im französischen Recht kein "Zurück". Der Eintritt eines Auflösungsgrundes stellt in viel stärkerem Masse den "Schlusspunkt" der Gesellschaft dar als dies im deutschen Recht der Fall ist.

Das Zitat

"La dissolution est une condamnation à mort,
dont l'exécution peut être retardée mais
non éludée"³

entspricht der Rechtslage.

-
- 1) vgl. Lyon-Caen, Renault et Amiaud, Traité t. II; Cass. 19.2.1903 S. 1904.1.191; 21.7.1920. Gaz. Soc. 1921.86; 21.7.1926, D.H. 1926.654; 22.1.1930, S. 1930. 1.185; 29.6.1936. Rev. Soc. 1936. 475; Thaller et Percerou no. 447. - Die grosse Bezogenheit der Fiktion zeigt sich insbesondere im Verhältnis zu Dritten. Gegenüber den Gläubigern, deren Forderungen aus der Zeit vor der Auflösung stammen, wird die Rechtspersönlichkeit weiterfingiert. Im Verhältnis zu den anderen Gläubigern wird der Weiterbestand nur insoweit fingiert, als die Geschäfte dem Liquidationszweck entsprechen.
 - 2) vgl. Piquery Rev. soc. 1930, 1.; Ripert no. 780: "La personnalité n'est maintenue que pour les besoins de la liquidation, elle est donc en quelque sorte figée au jour de la dissolution: il devient impossible de transformer la société ou de faire jouer une clause de continuation." vgl. auch Req. 5.11.1934, S. 1935.1.172; Cass. com 16.6.1952, D. 1953, 509; Bastian J.S. 1937, 1 und 65 ff.
 - 3) Hamel-Lagarde no. 428

Z u s a m m e n f a s s u n g

Der Vergleich des französischen mit dem deutschen Recht - besonders die Untersuchung, wie das französische Recht das Problem der Auflösung im Hinblick auf die erwünschte Bestandserhaltung des Unternehmens zu bewältigen versucht - vermag mehrere Anregungen für die deutsche Wissenschaft und Rechtsprechung zu geben.

Diese Feststellung mag verwundern, zumal es auffällt, dass der französische Gesetzgeber in noch viel zahlreicheren Fällen die unmittelbare Auflösung der Personalgesellschaften vorsah, als es die Schöpfer des deutschen Handelsgesetzbuches für notwendig hielten.

Sicherlich sind die einschlägigen Rechtsgrundlagen des Code civil und des Code de commerce noch viel weniger den Bedürfnissen des heutigen Wirtschaftslebens angemessen als die des Handelsgesetzbuches. Aber gerade diese Ausgangslage zwang die französische Wissenschaft und Rechtsprechung nach Auswegen zu suchen, um, wo immer nur möglich, die vom Normalstatut her gesehen "sterblichen" Personalgesellschaften gegen unbillige Auflösungen zu schützen.

Diese Sachlage macht deutlich, dass die Anregungen in erster Linie nicht vom französischen Gesetzgeber ausgehen können. Sie sind - mit wenigen Ausnahmen - dort zu suchen, wo bei der Auslegung von Begriffen und der Ausfüllung von Lücken Rechtsprechung und Wissenschaft eine Möglichkeit zur freien Entfaltung hatten.

Den grössten Spielraum für eine "schöpferische" Interpretation hatte die Rechtsprechung bei der Anwendung des Begriffes des "juste motif". Nachdem sie dem Richter bei der Annahme dieses Begriffes weitesten Ermessensspielraum eingeräumt hatte, war die Möglichkeit eröffnet, hieraus die stärksten Schranken gegen wirtschaftlich unerwünschte und nur im Interesse eines einzelnen Gesellschafters liegende Auflösungen zu errichten. Die Gerichte taten dies, indem sie es zu einer ständigen Rechtsprechung werden liessen, dass bei der Annahme eines "juste motif" das Abstellen darauf, dass die betreffenden Tatsachen den Gang des Unternehmens wesentlich beeinträchtigen müssen, möglich sei. Eine besondere Sicherung des Unternehmens wurde aber dadurch erzielt, dass sie diese Rechtsprechung bei den zahlreichen Auflösungsbegehren wegen "mésintelligence" zu einem Grundsatz erhoben, von dem sie nur bei Vorliegen ganz besonderer Umstände abweichen.

Wenn auch bei einer solchen Handhabung die persönlichen Elemente der Gesellschaft um einiges in den Hintergrund treten müssen, ist doch zu erwägen, ob man diesen Grundsatz nicht auch im deutschen Recht zur Anwendung bringen sollte. Wenigstens sollte die Übung der französischen Gerichte den deutschen Richter dazu ermutigen, bei der Prüfung, ob ein "wichtiger Grund" vorliegt, mehr als bisher auf die wirtschaftlichen Verhältnisse des Unternehmens abzustellen, wenn man sich schon nicht zu der "radikalen" Haltung der französischen Rechtsprechung durchringen will.

Eine weitere Anregung wird man auch in der Beschränkung von wirtschaftlich unerwünschten Kündigungen erblicken können. Die Rechtsprechung engte diese dadurch ein, dass sie viele Kündigungen als "unzeitig" abgegeben ansieht und ihnen die Wirkung ver-

sagt. Es ist festzustellen, dass sie von der ihr im Gegensatz zum deutschen Recht ausdrücklich gegebenen Möglichkeit, Kündigungen als unzeitig zurückzuweisen, in einem vom Gesetzgeber vielleicht nicht geahnten Ausmasse Gebrauch macht. Die Anregung für das deutsche Recht besteht darin, die Auffassung, die für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts geltende Unzeitbestimmung finde auf die offene Handelsgesellschaft keine Anwendung, aufzugeben.

Beim Vergleich fiel weiterhin auf, dass der Konkurs der Gesellschaft im französischen Recht nicht zur unmittelbaren Auflösung führt. Auch im deutschen Recht wäre de lege ferenda mit der gerichtlichen Auflösung auszukommen. Das Recht zur Klageerhebung müsste aber auch den Gesellschaftsgläubigern gegeben werden.

Hinsichtlich des Gesellschafterkonkurses ist dagegen die französische Lösung, dass die Fortsetzung selbst mit dem in Konkurs Gefallenen vereinbart werden kann, im deutschen Recht wegen der zu starken Benachteiligung der Privatgläubiger nicht denkbar.

Unangemessen erscheint auch die unmittelbare Auflösung bei Zweckerreichung und bei Wegfall der Geschäftsfähigkeit eines Gesellschafters.

Auch bezüglich der Fortsetzung nach eingetretener Auflösung ist die deutsche Auffassung vorzuziehen. Als eine gewisse Anregung wird man aber das Mittel bezeichnen können, mit dem die französische Rechtsprechung trotz oder gerade wegen der zu unbilligen Ergebnissen führenden Konstruktion zu einer nicht unbedeutenden Bestandssicherung gekommen ist: die Übung, geringe Anforderungen an die Annahme einer Fortsetzungsvereinbarung zu stellen.

Ein bedeutsamer Unterschied besteht auch in der Auffassung über das notwendige Mass in der Berücksichtigung des Bedürfnisses nach Rechts- und Vertragssicherheit. Bei mehreren Einzelfragen fiel auf, dass diese im französischen Recht weniger Berücksichtigung finden. Die unterschiedliche Einstellung gibt dazu Anlass, das Rangverhältnis des Bedürfnisses nach Rechts- und Vertragssicherheit und des Interesses an der Sicherung des Unternehmens zu überdenken. Die Schutzwürdigkeit des Bedürfnisses nach Rechtssicherheit ist allgemein geringer als die der Belange einer Erhaltung des Unternehmens.

Bei Berücksichtigung der gewonnenen Erkenntnisse erscheint das Unternehmen der offenen Handelsgesellschaft ausreichend gegen unerwünschte Auflösungen gesichert. Eine Reform der Auflösungsgründe wäre nicht notwendig.

Lebenslauf

Am 14. September 1939 wurde ich in Säckingen in Baden als Sohn des Verwaltungsbeamten Adolf May und der Margarete May, geborene Baumgartner geboren. Nach dem Abitur studierte ich acht Semester Rechtswissenschaft in Freiburg und München. Am 25. Juni 1962 legte ich die Erste juristische Staatsprüfung in Freiburg ab und trat am 23. Juli 1962 in den Vorbereitungsdienst der Gerichtsreferendare des Landes Baden-Württemberg ein. Meine Dissertation fertigte ich während des Vorbereitungsdienstes, unter anderem während der Ausbildungszeit bei einem französischen Rechtsanwalt an der Pariser Rechtsfakultät an.

